



UNICEUB – CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

MATEUS GONÇALVES BORBA ASSUNÇÃO

A ANTINOMIA DO ARTIGO 57 EM RELAÇÃO À LEI N.º
11.101/05 PARA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

BRASÍLIA/DF

2011

MATEUS GONÇALVES BORBA ASSUNÇÃO

**A ANTINOMIA DO ARTIGO 57 EM RELAÇÃO À LEI N.º
11.101/05 PARA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Álvaro Ciarlini

BRASÍLIA/DF

2011

MATEUS GONÇALVES BORBA ASSUNÇÃO

**A ANTINOMIA DO ARTIGO 57 EM RELAÇÃO À LEI N.º
11.101/05 PARA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Álvaro Ciarlini

Brasília-DF, 29 de abril de 2011.

Banca Examinadora

Álvaro Luís de Araújo Ciarlini
Orientador

Examinador

Examinador

Agradeço a Deus por me guiar na vida e neste trabalho, à minha família que sempre me apoia nas minhas decisões e me incentiva a fazer a diferença, à Joyce que está ao meu lado na vida, aos meus catequizandos que são renovação da esperança de um mundo novo e aos amigos do Feixe, minha segunda família.

RESUMO

A recuperação judicial é o novo instituto criado em 2005 através da Lei n.º 11.101. É intenção do Estado que a empresa continue a existir, pois é uma excelente recolhadora de tributos, distribuidora de empregos e ótima atuante na dinâmica de mercado. Nesta dinâmica de mercado a empresa se depara com crises que podem influenciar seu exercício econômico-financeiro. É neste ponto que a empresa devedora, quando não consegue estabilizar o passivo com o ativo, necessita de requerer em juízo sua recuperação. A empresa devedora na pessoa do administrador judicial apresenta um plano de recuperação que satisfaça os credores e viabilize a recuperação judicial. Em seguida, a empresa tem que demonstrar a prova de quitação de todos os tributos, através de uma certidão negativa de débito tributário. Daí nasce o maior problema, o momento mais frágil, pois a empresa que chega ao ponto de requerer a recuperação judicial já está devendo a Fazenda Nacional antes mesmo de dever os outros credores. Portanto, atentar-se aos princípios da Lei de recuperação de empresas e falência, e ao exercício da função social é o meio pelo qual a empresa alcançará sua recuperação.

Palavras-chaves: Recuperação Judicial. Crise econômico-financeira. Certidão negativa de débito tributário. Direitos fundamentais. Princípios norteadores.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO 1 – APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	10
1.1 CONTEXTO HISTÓRICO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	10
1.1.1 Concordata preventiva, suspensiva e Recuperação Judicial.....	13
1.2 FASES PARA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	16
1.2.1 Meios de Recuperação Judicial.....	22
1.3 EMISSÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO E PARCELAMENTO DAS DÍVIDAS FISCAIS.....	22
1.3.1 Precedentes jurisprudencial.....	26
CAPÍTULO 2 – A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 57 EM CONFRONTO AOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS.....	30
2.1 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 57 E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	30
2.1.1 Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre cobrança de tributos e o caráter de sanção política do art. 57.....	36
2.2 PRINCÍPIOS NÃO CONTEMPLADOS PELO ART. 57.....	36
2.2.1 Princípio da instrumentalidade das formas;.....	34
2.2.2 Princípio da economia processual e a teoria do precedente judicial.....	39
2.3 PRINCÍPIO DA FORMALIDADE EXCESSIVA.....	43
CAPÍTULO 3 – SUPREMACIA DA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	46
3.1 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E AS EXECUÇÕES FISCAIS.....	46
3.1.1 Execução Fiscal administrativa como auxílio da empresa em recuperação judicial.....	49
3.2 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	51
3.2.1 Teoria da horizontalização dos direitos fundamentais frente à exigência do Fisco.....	52
3.3 O ANTINÔMICO ART. 57 VERSUS OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO SISTEMA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	53
3.3.1 Direito Comparado.....	59
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

INTRODUÇÃO

A recuperação judicial é o instituto criado na Lei n.º 11.101/05 para as empresas devedoras que passam por uma crise econômico-financeira. Neste diploma legal tem estabelecido diversos requisitos nos quais a empresa deverá cumprir, entre eles, a apresentação da certidão negativa de débito tributário (CND), disposta no art. 57. Este requisito deu ensejo ao presente trabalho.

O art. 57 da Lei de recuperação de empresas e falência (Lei n.º 11.101/05) é uma antinomia¹ em relação ao mesmo sistema normativo, sendo assim um problema atual e não solucionado no ordenamento jurídico brasileiro. Diversas são as empresas que requerem a recuperação em juízo e sequencialmente entram no regime de falência.

Esta realidade inacreditável ocorre em função da Fazenda Nacional cobrar as dívidas tributárias sem observar a realidade empresarial. É evidente que se uma empresa pede a recuperação em juízo, por conta de uma crise-econômico financeira, ela já está devendo e, portanto, merece um tratamento especial.

Com isso, vale-se dizer que existe uma antinomia dentro da Lei n.º 11.101/05, ou seja, a norma que cria um obstáculo para o instituto da recuperação judicial e afronta o art. 47 da mesma Lei que estabelece os princípios que norteiam este instituto.

O presente trabalho apresentará no capítulo I inicialmente, simples introdução histórica do instituto da recuperação judicial no Brasil. Em seguida, será desenvolvida a evolução de comerciante para empresa ou empresário individual.

Antes da nova Lei de recuperação de empresas e falência os institutos que eram utilizados pela empresa devedora eram as concordatas suspensiva ou preventiva. Ver-se-á a evolução das concordatas para o instituto da recuperação judicial. Em seguida as

¹Antinomia é a denominação própria da situação de normas incompatíveis entre si, uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos. Definimos como antinomia como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade. (BOBBIO, Noberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Edipro. 2 ed. p. 203-207. São Paulo, 2003).

fases para concessão da recuperação judicial e os meios para que a empresa se recupere. Isto se deve aos vários tipos de empresas e ramos existentes no Brasil.

Para finalizar o primeiro capítulo, será introduzido o problema existente para empresa devedora obter a certidão negativa de débito tributário (CND) e a pretensão de parcelamento especial das dívidas fiscais, previstos no artigo 57 da Lei n.º 11.101/05. Este parcelamento é especial, pois só é concedido para empresas em recuperação judicial. Mas, não passa de uma pretensão, pois o parcelamento não existe em Lei específica que permita quitação das dívidas tributárias. Em seguida, os precedentes judiciais mais atuais que concederam a recuperação judicial sem observar o disposto no artigo 57 deste diploma legal.

No capítulo II será trabalhada a constitucionalidade do art. 57 em confronto aos princípios processuais. A partir dessa hipótese, será apresentado o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a cobrança de tributos e o caráter de sanção política.

Em seguida, serão demonstrados os princípios processuais não contemplados pelo art. 57 e sua formalidade excessiva. Além da recuperação judicial, que se baseia em procedimentos bastante específicos há uma exigência que inviabiliza a continuidade do processo com celeridade e elide ainda, qualquer forma de se tentar recuperar legalmente. Em seguida, será explicada a teoria do precedente judicial e sua importância para os Juízes julgarem os novos casos de recuperação judicial.

O primeiro e o segundo capítulos têm a intenção de que o leitor encontre no estudo da Lei e da atual situação do mercado brasileiro a impossibilidade da empresa devedora se recuperar diante da exigência do art. 57. Será apresentado, também, a relação de cobrança de tributos e a exigência com caráter sancionatório, ou seja, o Estado passa a receber o que lhe é devido independentemente da função social da empresa, prevista na constituição federal.

No capítulo III, serão observados os princípios basilares da Lei de recuperação de empresas e falência, em conjunto à função social da propriedade e as execuções fiscais que muitas vezes bloqueiam o capital da empresa devedora.

Neste capítulo, também será trabalhado o projeto de Lei que versa sobre a possibilidade de execução fiscal administrativa, que não acontece no Brasil atualmente. O motivo de se tratar desse projeto de Lei é a possibilidade dos credores e da Receita Federal dialogarem com a empresa devedora. Nesta diapasão, será demonstrado que esse tipo de execução com os pretensos parcelamentos fiscais serão possíveis sem prejudicar ainda mais o Fisco de receber os tributos devidos.

Na sequência, será trabalhado o direito de propriedade e o princípio da dignidade humana, ambos direitos fundamentais em confronto a recuperação judicial. Será utilizada a teoria da horizontalização dos direitos fundamentais para explicar como deve ser o equilíbrio para se cobrar da empresa devedora e a manutenção da função social.

Por fim, será apresentada a antinomia existente entre o artigo 57 da Lei de recuperação judicial e falência com os princípios basilares da mesma Lei. É de tamanha importância explicar a antinomia, pois um instituto como a recuperação judicial aplicado em um momento tão frágil da empresa devedora em relação ao mercado e aos credores, não pode ter uma exigência que será prejudicial para si, para os empregados e para o Estado.

Como modelo de tal importância far-se-á uso do direito comparado para demonstrar que em outros países mais evoluídos o diálogo entre os credores e o devedor é a melhor solução para a empresa retornar ao mercado e os credores receberem o que lhe são devidos.

Portanto, este trabalho demonstrará a necessidade veemente de que uma empresa se mantenha no mercado, através do brilhante instituto da recuperação judicial e o afastamento da exigência do art. 57 que não observa a importância econômico-social que é a empresa se manter no mercado.

Nesta linha, a solução para obtenção da recuperação judicial em confronto ao caráter sancionatório do artigo 57 é aplicação dos princípios que deram ensejo a Lei em comento e o exercício da função social, ponto importantíssimo para garantir o direito à propriedade.

CAPÍTULO 1 – APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A origem da legislação de recuperação das empresas e falência, segundo Jorge Lobo² citando Francesco Ferrara, se dá nas regulações do comércio marítimo à época do Direito Romano³. Mais tarde, no Brasil-Colônia sob influência do direito italiano, francês e espanhol, foram editadas as ordenações afonsina, manuelina e filipina. A última ordenação foi editada em 13 de novembro de 1756.

O devedor, ainda tratado como comerciante insolvente ou falido, tinha que quitar suas dívidas sob as normas dispostas nas ordenações a época vigentes. Após o regime monárquico no Brasil, surgiu nova situação política com a proclamação da República. Em razão disso, percebeu-se que o poder legislativo se calou perante essa matéria até 1850, quase cem anos depois da última ordenação filipina.

José Cândido Sampaio de Lacerda⁴ descreveu sobre a época do código comercial de 1850, destacando os principais aspectos:

Alegava-se, contra o sistema do Código, ser lento, complicado, dispendioso, prejudicando, há um tempo, credores e devedor; além disso, dava maior importância à apuração da responsabilidade comercial da falência, pois só com a ulatimação do processo da quebra e qualificação da falência é que iniciava a liquidação⁵ da massa. (...) Por outro lado à aceitação da concordata dependendo da maioria de credores em número e que representassem pelo menos dois terços dos créditos sujeitos aos efeitos da concordata (art. 847, 3ª al.) constituía obstáculos à obtenção desse favor.

² LOBO, Jorge. **Da Recuperação da Empresa no Direito Comparado**. Ed.Lumen Juris. p. 29. 1993.

³ Como anota Francesco Ferrara, não obstante a falência, com as suas atuais características, tenha surgido na Idade Média, é indiscutível que os seus primeiros fundamentos jurídicos remontam à Roma primitiva, quando a execução, de caráter pessoal, era dirigida contra o próprio devedor. (...) Com efeito, no início da civilização romana, como, de resto, na de diversos povos primitivos (sobre a insolvência na Antiguidade, em especial na Índia, Egito, na Grécia e entre os judeus, consulte-se Rubens Requião, o devedor, sujeito a uma execução privada de índole penal, ficava à mercê do credor, que podia dispor de seu corpo e da sua vida, eis que a obrigação era um vínculo estritamente pessoal, direito contra e sobre o devedor, consoante aguda observação de Alfredo Rocco.

⁴ LACERDA, José Cândido Sampaio de **Manual de direito falimentar**. Freitas Bastos. 10.ed., p.36-37. Rio de Janeiro, 1961.

⁵ Liquidação: encerramento de uma atividade econômica, com a venda do ativo para pagamento dos credores, no todo ou em parte.

No período republicano deu-se início então, as quatro fases do direito de recuperação das empresas e falência no Brasil, na qual Moacyr Lobato⁶ faz brilhante resumo:

A primeira delas identifica-se com a publicação do Código Comercial de 1850 e vai até o advento da República. Caracterizava a chamada quebra, então prevista na Parte III do Código Imperial, a cessação de pagamentos. Os quarenta anos de vigência da legislação falimentar do Código foram entrecortados pela edição de decretos que tinham, por objetivo, o tratamento de questões pontuais em matéria falimentar.

A segunda fase da evolução do instituto falimentar no Brasil corresponde à edição do Decreto Republicano n.º 917, de 24 de outubro de 1890, de autoria de CARLOS DE CARVALHO. Naquele diploma legal, o estado de falência passou a ser caracterizado por atos ou fatos previstos em lei, mormente pela impontualidade, instituindo-se a moratória, a cessão de bens, o acordo extrajudicial e a concordata preventiva como meios inibidores da declaração de falência.

A Lei n.º 2.024, de 17 de dezembro de 1908, dá início ao terceiro período. O texto de lei em questão, simplificando o mecanismo processual da lei, aperfeiçoou os princípios que informavam o Decreto n.º 917 de 1890, corrigindo imperfeições que a prática então revelara.

O registro digno de relevo que identifica a quarta fase histórica da falência corresponde à edição do Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, segundo o qual a falência há de ser declarada se o comerciante não paga no vencimento, obrigação líquida, constante de título que legitime a execução, sem relevante razão de direito para não fazê-lo.

Em 1890, já no período republicano, foi elaborado o Decreto-Lei n.º 917 que instituiu como meio preventivo da decretação da falência a moratória, cessão de bens e o acordo preventivo.

Carvalho de Mendonça foi autor da Lei n.º 2024 de 1908 que visava a verificação e a classificação do crédito, sendo uma expressão da verdade, deixando de lado a fraude e o conluio. Nesta Lei, segundo Nelson Abrão⁷, havia como características principais: a impontualidade como caracterizadora da falência, a enumeração das obrigações cujo inadimplemento denota a falência, alinhou os chamados atos falimentares e exemplo do Direito Inglês, suprimiu a concordata amigável admitida só a judicial, conceituou os crimes falimentares e estabeleceu que o procedimento penal correria em autos apartados e, a partir

⁶ CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato. Da caracterização do estado falimentar segundo a nova lei de falência e recuperação judicial e extrajudicial. **Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais**. Vol. 2. www.pge.mg.gov.br/documentos/revista_juridica_vol_II_dezembro_2005.pdf. Acesso em 11/2010.

⁷ ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**. Leud. 5. ed. p. 47. São Paulo, 1997.

do recebimento da denúncia perante o juiz criminal e determinou a escolha de um até três síndicos, conforme o valor da massa, entre os maiores credores. Este diploma ficou por muito tempo como a Lei da República para disciplinar Falência.

Em 1929 promulgou-se a Lei n.º 5.746, com o acréscimo da diminuição do número de síndicos de três para apenas um e a instituição da porcentagem sobre os créditos para a concessão da concordata.

No período da Segunda Guerra Mundial, ano de 1945, surgiu o Decreto Lei nº. 7.661. Neste decreto houve diversas mudanças, como: o reforço dos poderes dos magistrados, principalmente em relação à assembleia geral de credores. E também no que tange a concordata, tanto a preventiva como a suspensiva, deixou de ser um contrato, para ser um benefício concedido pelo Estado, através do Juiz ao devedor.

Neste diploma legal no que tange a recuperação da empresa, havia a concessão de um favor legal, o que revelava natureza protetiva ao empresário ou sociedade empresária, ainda chamada de titular da empresa. O favor legal era concedido à pessoa e não a empresa. No texto legal encontrava-se a expressão – salvar comerciante desafortunado e honesto, que se ache em desordem transitória, da declaração de quebra, que de outro modo, deveria ocorrer segundo os conceitos gerais.

Esse decreto ficou em vigor até 2005, sendo sessenta anos para a publicação da Nova Lei de Recuperação de empresas e Falência n.º 11.101/2005. Várias mudanças significativas foram realizadas como os princípios ligados à função social da propriedade, para decretar a falência ou a homologação do pedido de recuperação judicial, que veio a substituir a concordata. Basicamente os trabalhadores passaram a ter preferência parcial, ou seja, passaram a ter um teto salarial para receberem em primeira ordem. Os bancos ganharam preferência frente ao Fisco, criando-se assim a figura do administrador judicial⁸, diferente do síndico.

⁸Segundo Ricardo Negrão (op.cit.125), O administrador judicial é pessoalmente responsável pelos atos que praticar em juízo à massa, ao devedor e aos credores, em razão de dolo ou culpa. (art. 32). Exemplo de ato que pode leva-lo à responsabilidade pode ser extraído a lei anterior (art. 81, §2º), que imputa ao síndico o pagamento dos prejuízos causados em caso de demora ou negligência na obrigação de expedir avisos aos credores, com a finalidade de chamá-los a fazer suas declarações de crédito, no prazo então fixado pela lei.

Outra mudança bastante significativa é a inovação do devedor, deixando de ser comerciante, passando a ser empresário⁹ e a sociedade mercantil ou comercial, para sociedade empresária. Com a publicação do Novo Código Civil em 2002, o legislador definiu no artigo 966 que o empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. No entanto, o legislador, da Nova Lei de recuperação de empresas e falências, adotou o conceito moderno em relação ao que era tratado nos diplomas anteriores.

1.1.1 CONCORDATA PREVENTIVA, SUSPENSIVA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A concordata era o instituto utilizado antes da Recuperação Judicial. Nas leis que vigiam antes da nova Lei de recuperação de empresas e falência, o devedor, dentro dos requisitos, que serão explicados em seguida, dispunha da concordata¹⁰ preventiva ou suspensiva.

O devedor tinha que estar em condição de se recuperar, portanto, havia requisitos para esta condição. Para concessão da concordata suspensiva, que era admitida no código comercial de 1850 no art. 898, o devedor falido não podia ter agido com culpa ou fraude, ou também, quando já havia obtido esse benefício. Havia, também, outro requisito, que segundo Celso Marcelo de Oliveira¹¹ transformava-se em um obstáculo, onde a aceitação da concordata suspensiva dependeria da maioria dos credores em número e que representasse, pelo menos 2/3 (dois terços) dos créditos sujeitos aos efeitos da concordata.

⁹Segundo Celso Marcelo de Oliveira, o legislador da Lei Falimentar apenas alterou o contexto do projeto de Lei, adaptando-o a nova terminologia do Direito de Empresas da Lei n.º 10.406/02. (...) A Exposição de Motivos do Novo Código Civil traz traços do empresário definidos em três condições : exercício de atividade econômica e, por isso, destinada à criação de riqueza, pela produção de bens ou de serviços para a circulação, ou pela circulação dos bens ou serviços produzidos; atividade organizada, através da coordenação dos fatores da produção – trabalho, natureza e capital – em medida e proporções variáveis, conforme a natureza e o objeto da empresa; e exercício praticado de modo habitual e sistemático, ou seja, profissionalmente, o que implica dizer em nome próprio e com ânimo de lucro.

¹⁰Concordata preventiva: a que é pedida pelo comerciante insolvente para evitar a declaração de falência e em que oferece aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, um pagamento mínimo, a vista ou no prazo de, no máximo, dois anos.

Concordata suspensiva: a que é pedida pelo falido, não atingido por processo de fraude, para que seja suspensa a falência, mediante oferta aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, de um pagamento mínimo, à vista ou no prazo de dois anos. (OLIVEIRA, Celso Marcelo de, **Comentários à Nova Lei de Falências**, ed;Thomson IOB. 2005. P.34).

¹¹OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à Nova Lei de Falências**, Thomson IOB. p.34. 2005

A concordata suspensiva, segundo o pensamento de Roberto Barcellos de Magalhães, citado por Amador Paes de Almeida¹², constitui-se “na última oportunidade do devedor honrar seus compromissos, fugindo da interdição dos exercícios do comércio, como consequência da falência”.

A concordata suspensiva objetiva sustar os efeitos danosos da falência, ensejando melhor forma de pagamento aos credores (em lugar da venda dos bens pela melhor oferta ou em leilão), ao mesmo tempo que, evitando a liquidação do estabelecimento, possibilita a continuidade da empresa.

A concessão da concordata preventiva, que surgiu posteriormente a concordata suspensiva na reforma da terceira parte “Das quebras” do código comercial de 1850 com o Decreto-Lei n.º 3.065/1882, dependia da capacidade do comerciante não falido oferecer aos credores quirografários um pagamento mínimo a vista ou a prazo de no máximo dois anos.

As concordatas suspensiva e preventiva eram muito trabalhosas para os devedores/comerciantes insolventes ou falidos. Com a evolução da legislação surgiu o instituto da Recuperação Judicial, especial e extrajudicial.

Segundo o mestre do direito econômico José Eli Salamanha¹³, estudos demonstram que das empresas que buscavam socorro na concordata judicial, somente 17% (dezessete por cento) se recuperavam, enquanto as restantes 83 % (oitenta e três por cento) acabavam falindo. Havia ainda o problema de que o valor arrecadado com a venda dos bens da empresa devedora não pagavam os empregados e dívidas tributárias, prejudicando ainda mais os credores quirografários.

Esse novo instituto surgiu na Lei n.º 11.101/05, que extinguiu a concordata suspensiva e preventiva e tem no art. 47 sua base na situação de crise econômico-financeira da empresa em dificuldades financeiras, a manutenção da fonte produtora do emprego de seus trabalhadores, os interesses de seus credores e a função social da empresa.

¹²ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**. Saraiva. 10.ed. p.422. São Paulo, 1998.

¹³SALAMANCHA, José Eli. **Débitos Fiscais e a Recuperação Judicial de Empresas**. Revista de direito privado.v.7.n.º 26. p.172-182. Abril/junho 2006.

A nova lei de recuperação de empresas e falência¹⁴ surge com uma importante inovação, não se fala mais em comerciante insolvente ou falido, o foco da lei é a empresa. O instituto da recuperação judicial abrange as empresas grandes, as microempresas e empresas de pequeno porte. Esta última classificação, por tamanho, de empresas tem a recuperação judicial especial concedida, pelos ditames da Seção V no art. 70 deste novo diploma.

Para a concessão da Recuperação Judicial, apesar da evolução da legislação falimentar, é necessário o cumprimento de vários requisitos comuns e especiais, que de modo ilustre o Desembargador Ricardo Negrão¹⁵ os resumiu.

Podemos afirmar que o art. 48 traz os requisitos comuns a todos os pedidos de recuperação – modalidades judiciais (art. 48 e 70).
(...) Em relação à recuperação judicial especial não há dúvidas: a aplicação do art. 48 decorre do fato de o legislador ter designado essa modalidade como mero “plano” concebendo-o em seção (V) do mesmo capítulo genericamente intitulado de “recuperação judicial”, o que faz concluir que se aplicam à recuperação judicial especial todas as disposições gerais (arts.47-50) que com ela não se conflitam e que se resumem ao disposto nos arts. 47 e 48. No que respeita o universo de credores (art. 49) e aos meios de recuperação (art. 50), o legislador traçou, para a modalidade prevista no art. 70, distinto do regramento.

A empresa ou sociedade empresária tem que ter atividade empresarial regularmente registrada, ou seja, para pedir a recuperação judicial, os empresários tem que promover sua inscrição na Junta Comercial com arquivamento do contrato social ou de declaração de firma individual. Tem que existir, também, regularidade no exercício e exercício da atividade empresarial há mais de dois anos, requisito esse que Fran Martins¹⁶ exemplifica e delimita: (...) “a sociedade que se organiza legalmente, arquiva os seus atos no

¹⁴ Importante frisar, apesar de não ser o foco desse trabalho, a existência da Recuperação Extrajudicial que é concedida quando os credores possuem os seguintes créditos, elencados no art. 163 da Lei 11.101/05: O devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos. Parágrafo 1º: O Plano poderá abranger a totalidade de uma ou mais espécies de créditos previstos no art. 83, incisos II, IV, V, VI e VIII do *caput*, desta Lei, ou grupo de credores de mesma natureza e sujeito a semelhantes condições de pagamento, e, uma vez homologado, obriga a todos os credores das espécies por ele abrangidas, exclusivamente em relação aos créditos constituídos até a data do pedido de homologação.

¹⁵ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito comercial de empresa 3, Recuperação de Empresas e Falência**. Saraiva. 5.ed. p. 160. São Paulo, 2010.

¹⁶ MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. Forense.18.ed. p.237. Rio de Janeiro, 1993.

Registro do Comércio, mas, posteriormente, pratica atos que desnaturam o tipo social; ou que funciona sem cumprir as obrigações impostas por lei (não possui livros obrigatórios, não levanta o balanço anual)”.¹⁷

Além dos requisitos e suas exigências, há os impedimentos para a concessão da Recuperação Judicial. Os falidos não podem requerer recuperação em juízo, diferente da concordata suspensiva, assim, o legislador não prevê formas de recuperação suspensivas no processo. Os concordatários, que na vigência da Lei n.º 11.101/05, se encontram em regime de concordata podem valer-se da recuperação judicial geral, mas não podem pleitear a recuperação judicial especial e os concordatários em regime de concordata suspensiva, somente após a extinção de suas obrigações.

Portanto, um comparativo entre o último diploma legal antes a Lei n.º 11.101/05 demonstra a relevância do novo instituto da recuperação Judicial. No período de vigência do Decreto-Lei n.º 7.661/45 a recuperação era denominada concordata, como visto no tópico anterior, a documentação exigida eram os demonstrativos contábeis e a relação de credores. Eram atingidos os créditos quirografários e tinha como prazo de conclusão o pagamento em dois anos e a fiscalização era realizada pelo comissário.

Atualmente para obter a recuperação judicial necessita-se de plano de recuperação, demonstrativos contábeis e relação de credores. Todos os créditos são atingidos, com o limite de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos para os créditos trabalhistas. O prazo para conclusão e pagamento é definido pelo plano de recuperação e a fiscalização é feita pelo administrador judicial, no lugar do síndico, e o comitê de credores.

1.2 FASES PARA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O instituto da recuperação judicial é sintetizado no artigo 47 da Lei n.º 11.101/05, com princípios e com a intenção do legislador. Assim, o objetivo¹⁷ é viabilizar a

¹⁷O instituto da recuperação vem desenhado justamente com o objetivo de promover a viabilização da superação desse estado de crise, motivado por um interesse na preservação da empresa desenvolvida pelo devedor. CAMPINHO, Sergio. **Falência e recuperação de empresa**. Renovar. 4.ed. p.23. Rio de Janeiro, 2009.

superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A crise econômico-financeira¹⁸ pela qual a empresa passa pode ser, segundo Ricardo Negrão, por fatores externos e internos. Os externos são “mudanças climáticas que impedem o acesso a local de intensa movimentação turística, queda de pontes, distúrbios políticos, etc.” Já os internos são “internos à administração da empresa, como a má gestão e outras causas de índole pessoal, ligadas ao titular da atividade empresarial”.

Fábio Ulhoa Coelho¹⁹ citando Maria Bernadete Miranda distingue crise econômica de financeira pelo fato de que são episódios econômicos e patrimoniais, deixando de ser por motivo de liquidez.

Ela é econômica quando as vendas de produtos os serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do negócio. É financeira quando falta à sociedade empresária dinheiro em caixa para pagar suas obrigações. Finalmente, a crise é patrimonial se o ativo é inferior ao passivo, se as dívidas superam os bens da sociedade empresária.

Importante ressaltar que a recuperação de empresas não é um instituto destinado a todos os empresários em crise econômico-financeira. Segundo Antonio Brunetti²⁰, sob a ótica da insolvência “é uma solução legal aplicável apenas àqueles cujas empresas se mostrem temporariamente em dificuldades e, além disso, que se revelem economicamente viáveis”.

Outro ponto muito importante é a classificação dos créditos, estabelecida pelo quadro-geral de credores no art. 83 da Lei em comento. Nesta ordem o crédito

¹⁸ O ativo da empresa muito menor que o passivo. Ou seja, deve-se muito, não atende os clientes e antes de tudo, já está devendo o Fisco.

¹⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Saraiva. p.18. São Paulo, 2002.

²⁰ BRUNETTI, Antonio. **Diritto concursale**. Lezione. 2.ed. p.322. Padova, Casa Editrice Dott. Milani, 1944 “Ora la ‘temporanea difficoltà’ sta in contrapposto allà ‘insolvenza’, come lo stato provvisorio si ontrappone al definitivo.”

tributário, que independe de sua natureza e tempo de constituição, é o terceiro a ser quitado, sendo o crédito trabalhista até 150 (cento e cinquenta) salários mínimos o primeiro a ser quitado e o crédito com garantia real, o segundo a ser quitado. Em relação aos créditos tributários as multas não entram nesta ordem de quitação.

Assim, parece que o crédito tributário é o terceiro da lista, todavia, por ser de interesse público é cobrado antes mesmo da concessão da recuperação judicial no art. 57 deste diploma legal. Já os créditos trabalhistas e com garantia real estão ligados à dignidade humana, ao contrato realizado entre particulares e são créditos restritos há uma pequena quantidade de credores em relação aos quirografários.

Em meio ao procedimento de recuperação judicial surge a figura do administrador judicial no lugar do comissionário das concordatas suspensiva e preventiva e, também, no lugar do síndico da falência. A Nova Lei de recuperação de empresas e falência, diz que o administrador judicial será sempre nomeado pelo juiz e terá a função de verificar os créditos nos livros contábeis e nos documentos comerciais e fiscais da empresa devedora.

O processamento da recuperação judicial é bastante sistemático²¹ e sua aplicabilidade depende de requisitos, como demonstrado no tópico anterior, que na maioria das vezes impossibilita que a empresa se recupere.

Quem possui legitimidade para requerer a recuperação judicial em juízo é o próprio devedor, empresário individual ou sociedade empresária. No caso de falecimento, de quem exerce a atividade empresarial, segundo o art. 48, parágrafo único da Lei de recuperação de empresas e falência, podem pleitear a recuperação o cônjuge sobrevivente, os herdeiros do devedor, o inventariante e o sócio remanescente²².

²¹ A concessão da recuperação judicial é um sistema complexo, portanto, há autores como Jorge Lobo que sugere 16 (dezesesseis) formas de recuperação, divididas em seis categorias: a) do poder de controle (art.50,III, V, X e XII); b) financeira (art.50 I,VI, IX, XV,§2º); c) econômica (art.50, II, VII, XI, e XVI) d) administrativa (art.50, IV, VIII e XIV); e) societária (art.50, II); f) complexa, híbrida ou mista (art.53,II). LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35-69. In: Toledo, Paulo. F.C Salles de; Abrão, Carlos Henrique. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Saraiva. p.123-129. São Paulo, 2005

²² NEGRÃO, Ricardo. op.cit.,p.166. Esta faculdade é reservada nos casos em que esses eventos conduzem à dissolução da sociedade. Isto ocorre quando não é possível reconstituir a sociedade, o que se dá, em sociedade com apenas dois participantes, pelo não ingresso de novo sócio no prazo previsto em lei, ou pelo falecimento de um dos sócios, nos contratos sob a regência das regras das sociedades simples, inexistindo acordo com os herdeiros ou previsão contratual para se operar a substituição.

Importante citar que o Ministério Público (MP) e os credores não possuem legitimidade para requerer a recuperação da empresa, tampouco, apresentar proposta de recuperação em juízo. Neste diapasão Ricardo Negrão²³ cita Jorge Queiroz e Ronald Dworkin:

O revigoramento, a recuperação e a preservação da empresa exercem uma função social no desenvolvimento econômico e bem-estar de um país. Temos inúmeros exemplos da importância que as nações mais ricas dão a essa questão como a pronta e eficaz tomada pelo governo italiano no caso Parmalat, colocando os infratores na cadeia e nomeando um interventor governamental para o salvamento da mesma. O governo japonês, por sua vez, criou o IRCJ – Instituto de Revitalização Industrial no Japão para atuar na solução de crise que assolou as indústrias japonesas. A França e a Alemanha têm instituições similares. Os Estados Unidos e a Espanha possuem eficientes Leis de recuperação de empresas. Essa necessidade de mudanças foi sentida por praticamente todos os países do Ocidente, suscitando um amplo movimento revisionista em seus diplomas legais voltados para a preservação das empresas. Necessitamos incorporar essa mesma consciência no Brasil, e, acima de tudo, agir, se quisermos realmente reverter o dramático caos social que tomou conta do País. Segundo Dworkin, decisões individuais não se harmonizam necessariamente com objetivos sociais. O regimento legal deve basear-se não apenas na racionalidade econômica, mas incentivar também comportamentos voltados para o trabalho, inclusão e justiça social, pois apenas as empresas “vivas” permitem atender a esses requisitos.

De modo sintético serão apresentadas todas as fases do procedimento para concessão da recuperação judicial, porém, o foco que será trabalhado é a fase do art. 57 da Lei n.º 11.101/05.

São delimitadas três fases de desenvolvimento do processo de recuperação ordinária²⁴. Fases estas que Ricardo Negrão²⁵ descreve das seções II, III e IV do capítulo III

²³ NEGRÃO, Ricardo. op.cit.,p.168.

²⁴ Recuperação judicial ordinária: nomenclatura utilizada para distinguir de recuperação judicial especial. A recuperação ordinária se refere a recupera judicial de grandes empresas, que se enquadram na parte geral da Lei n.º 11.101/05. A recuperação judicial especial se refere à recuperação judicial de empresas de pequeno porte e microempresas, regulamentada pela parte especial do mesmo diploma legal, no art. 70 e seguintes.

²⁵ NEGRÃO, Ricardo. op.cit.,p.196. São três fases de desenvolvimento do processo de recuperação judicial ordinária, constantes das Seções II, III e IV do Capítulo III: a) fase de pedido de processamento (arts.51-52); b) na fase do plano (arts. 53-54); c) fase de concessão e cumprimento compreendendo dois períodos: o primeiro relativo ao procedimento, com ênfase na participação dos credores, e o segundo, de cumprimento e encerramento, em que o devedor cumpre o plano aprovado (arts. 55-69). É possível, ainda, visualizar outras subdivisões destacadas em cada fase: a) na fase do pedido e de processamento: o pedido, a decisão de processamento e a verificação dos créditos; b) na fase do plano: a apresentação e a publicação de edital; c) na fase de concessão e cumprimento: a objeção de credores, a convocação da assembleia geral de credores, a

da Lei de recuperação de empresas e falência. Primeira é a fase do pedido e processamento, com base nos artigos. 51 e 52, tendo o pedido, a decisão do processamento, a verificação e habilitação do crédito.

Em seguida, passa-se a fase da apresentação do plano de recuperação e a publicação do edital, prevista no artigo 53 e seu parágrafo único. Finalmente, a fase de concessão e cumprimento, onde há a etapa de objeção do credor que não concordar com o plano de recuperação, a convocação da assembleia geral de credores²⁶, a deliberação sobre o plano de recuperação. Em seguida, há a constituição do comitê de credores, a apresentação das certidões, a decisão de concessão, o período de cumprimento e a decisão do encerramento. Esta última fase é prevista nos artigos 55 a 63 do mesmo diploma legal.

Com a assembleia geral de credores constituída avalia-se o plano de recuperação judicial. Todavia, nem sempre essa fase é obedecida, há casos em que o Juiz despacha pela aprovação do plano mesmo havendo credores que não aprovem o plano nos moldes do art. 55 da Lei n.º 11.101/05. Tal situação ocorreu com a empresa Clima Termoacústica Ltda.²⁷, que obteve decisão concedendo a recuperação judicial, ainda que houvesse oposições dos credores. Nesta decisão o Juiz José Geraldo Miranda de Andrade baseou-se nos princípios norteadores²⁸ da recuperação judicial, além de ter observado a realidade que a empresa estava.

deliberação sobre o plano apresentado, a constituição do Comitê de credores, a apresentação de certidões, a decisão de concessão, o período de cumprimento e, finalmente, a decisão de encerramento da recuperação judicial.

²⁶ Assembleia geral de credores é feita nos moldes do art. 45 da Lei 11.101/05: Só será convocada se houver objeção ao pedido apresentado, art. 55 Lei 11.101/05. É constituída de credores titulares de créditos derivados da legislação trabalhista ou decorrentes de acidente do trabalho; credores titulares de crédito com garantia real; credores titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, geral ou subordinados. Na convocação da assembleia geral de credores, a aprovação do plano de recuperação judicial pela primeira classe (créditos trabalhistas ou decorrentes de acidente de trabalho) deve ocorrer pela maioria simples dos credores presentes (o juiz convocará a assembleia). Na segunda classe (garantia real) e na terceira classe (quirografários) o plano deverá ser aprovado por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos apresentados e pela maioria simples dos credores presentes.

²⁷ Processo 0148.09.063836-9, em trâmite na 2ª Vara da Comarca de Lagoa Santa – MG.

²⁸ Princípios Norteadores (classificação por Ricardo Negrão, op.,cit. p. 158) Supremacia da recuperação da empresa, manutenção da fonte produtora, incentivo à manutenção de meios produtivos à empresa, manutenção dos interesses dos credores e observação dos princípios de unidade, universalidade do concurso e igualdade de tratamento de credores.

Contudo, sob a égide deste diploma legal e da decisão concedendo a recuperação em juízo, o autor Carlos Domingos²⁹ elucida que “a imperialidade da decisão judicial faz com que o devedor e todos os credores, compreendidos pela maioria e minoria ausente e dissidente, se obriguem a cumprir o que foi acordado na assembleia”. E ainda:

Para a teoria da decisão judicial a minoria dos credores, sejam eles ausentes ou dissidentes, se obrigam a respeitar o que foi pactuado pela maioria dos credores, mas não porque estes representam aqueles, mas por força da sentença homologatória do Estado-Juiz.

Esta decisão possui natureza dicotômica, segundo o referido autor, sendo de natureza jurídica contratual e mandamental. Haverá natureza contratual quando presente todas as exigências previstas na Lei em comento, se não houver objeção dos credores ou sendo o plano aprovado por eles, o Juiz terá que conceder a recuperação judicial. “Assim, o Poder Judiciário em nada interfere no acordo entre devedor e credor, enraizando, portanto, o regime jurídico contratual do instituto”.

A decisão terá natureza jurídica mandamental quando o plano de recuperação não for aprovado nos termos do art. 45. Com isso, o Juiz discricionariamente concederá ou não a recuperação em judicial, nos termos do parágrafo único do art. 58. “A autonomia da vontade do credor e do devedor se torna irrelevante. Entrementes, está na mão do magistrado em externar o seu mandamento judicial com o fito de conceder ou não a recuperação judicial”.

Enfim, de todas as fases citadas resumidamente, salienta-se que havendo a aprovação do plano de recuperação judicial pela assembleia geral de credores ou transcorrido o prazo de 30 (trinta) dias sem a objeção ao plano por algum credor, o devedor será intimado para apresentar certidões negativas de débitos tributário (CND) nos moldes do art. 57 deste diploma. E após a apresentação das certidões, diante do art. 58, é que o juiz decidirá pela concessão da recuperação judicial para a empresa.

²⁹DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Livraria Jurídica.p.68. Curitiba, 2009.

1.2.1 MEIOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Além das fases de processamento da recuperação judicial há no art. 51 da Lei de recuperação de empresas e falência, a compulsória exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira. Que segundo Ricardo Negrão³⁰, “são causas e razões da identificação dos antecedentes que deram origem ao estado que aflige o devedor e devem guardar coerência com o tratamento legal pleiteado, sobretudo com o remédio recuperatório que o devedor julgar capaz de sanar as dificuldades”.

Tendo em vista as dificuldades historiadas pela qual passa a empresa, elencou-se no art. 50 desta Lei, dezesseis formas de recuperação. Nesta esteira o autor distingue os meios de recuperação:

É o procedimento corretivo de atuação gerencial, caracterizado por ações de reestruturação, reorganização e de saneamento, exercidas sobre um, alguns ou todos os aspectos da empresa, com vistas à solução da crise econômico –financeira.

Quanto à dívida existente, os meios recuperatórios podem ser dilatórios, remissórios ou mistos. Em relação aos efeitos sobre os aspectos empresariais, podem ser subjetivos, objetivos, funcionais ou corporativos.

São meios de recuperação decorrentes da situação contratual e de organização societária. Portanto, os meios³¹ incidem sobre o perfil subjetivo, objetivo, funcional e corporativo da empresa. Cada um com sua peculiaridade e dando ênfase na reformulação da empresa com veemência na superação e viabilidade econômico-financeira.

1.3 EMISSÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO E PARCELAMENTO DAS DÍVIDAS FISCAIS

Quando se fala em emissão de certidão negativa, deve-se observar o princípio da recuperação da empresa e o balanço patrimonial. Porque é este princípio que

³⁰ NEGRÃO, Ricardo. op.cit.,p.178.

³¹Existem, também, os meios de recuperação judicial: remissos, dilatórios e mistos que são aplicados a recuperação judicial especial.

rege todo o sistema de recuperação judicial e é imprescindível a demonstração do ativo e do passivo da empresa ou do empresário individual durante o processo.

Nesse sentido, o mestre em direito econômico José Eli Salamanha³² explica que a exigência contida no art. 57 da Lei n.º 11.101/05, “de que o devedor, após a juntada aos autos do plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral de credores, deva apresentar CND, nem sempre é cumprida”.

O devedor ao apresentar as certidões exigidas pela Lei, já tem fixado toda a capacidade financeira e o que necessita para continuar no mercado, isto, porque houve aprovação do plano de recuperação anteriormente a esta exigência.

A Nova Lei de recuperação de empresas e falência pede por duas naturezas de certidão, às de Registro Público e as negativas de débitos tributários. Rachel Sztajn³³ comenta a exigência das certidões, principalmente a certidão dos cartórios de protestos situados na comarca de sua sede ou domicílio e naquelas onde possui filial, como “redundante” porque a existência de protestos anteriores não impede o deferimento ou a concessão do pedido. Ela entende que, as certidões são úteis “na análise das probabilidades da recuperação alcançar êxito”.

Em relação à CND, primeiramente é necessário estampar o privilégio que o crédito tributário, segundo Marcelo Peixoto³⁴, possui frente aos créditos comuns decorrente da proteção de natureza pública do crédito fiscal.

Em seguida, o curtíssimo prazo para o fornecimento da certidão da entrada com requerimento na repartição fiscal. O comercialista Ricardo Negrão³⁵ conforme o art.

³²SALAMANCHA, José Eli. Op.cit.p.172.

³³SZTAJN, Rachel. Comentários aos artigos 47 a 21. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Revista dos Tribunais. p.225. São Paulo, 2006.

³⁴PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Reflexos Tributários da Nova Lei de Falência**. MP Editora. p. 40. São Paulo, 2005.

³⁵ NEGRÃO, Ricardo. op.cit.,p.214. É razoável, portanto, fixar-se em quinze dias, desde a data da deliberação favorável da assembleia geral ou do decurso de prazo de trinta dias previsto no art. 55, o prazo-limite para essa apresentação, salvo motivo idôneo apresentado pelo devedor, alheio a sua vontade não configure desídia ou inadimplemento das obrigações tributárias.

205, parágrafo único do CTN, entende que o prazo é de dez dias podendo ser considerado quinze dias, até trinta dias.

Sobre a CND, existem as execuções de natureza fiscal que não ficam suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, circunstância esta, determinada no art. 6º, parágrafo 7º Lei n.º 11.101/05. Esse é o motivo para que a Receita Federal não exija a CND, pois está forçando o pagamento dos impostos. Todavia, se houver a concessão do parcelamento previsto nos termos do art. 155-A, parágrafos 3º e 4º do Código Tributário Nacional (CTN) e da legislação ordinária específica, ficam as execuções suspensas e então se consegue a certidão positiva de débito tributário com efeitos de negativa (CPND).

Se houvessem normas específicas de parcelamento para empresas em recuperação, poderia se vislumbrar que as empresas cumpririam os prazos e as condições para obterem o parcelamento do débito tributário e consequentemente a CPND, levando a homologação do procedimento para concessão da recuperação judicial.

Portanto, mesmo concedida à recuperação judicial, os créditos fiscais não ficam suspensos e não fazem parte do procedimento de habilitação de credores. E também, podem ser ajuizadas ações executivas durante a recuperação, exceto se houver pagamento dos créditos fiscais.

A não apresentação das certidões ensejaria na decretação automática de falência da empresa, pois a concessão da recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos artigos 151, 205 e 206 do CTN.

A empresa que busca reestruturar sua viabilidade econômico-financeira para se manter no mercado, através da recuperação judicial, sofre com as execuções fiscais anteriores a recuperação e com a exigência da CND que só poderá ser expedida com a quitação das dívidas fiscais ou com o parcelamento destas.

Assim explica Eduardo S. Munhoz³⁶:

Sem o adequado tratamento dos débitos tributários, o sistema de recuperação de empresa não se sustenta, não dispensando a esperada disciplina equilibrada e proporcional aos diversos interesses em jogo. Esse equilíbrio e proporção, contudo, não foi assegurado na atual lei de recuperação, nem na lei complementar tributária que a acompanhou (LC 118/2005). Espera-se que a lei a ser editada para regular o parcelamento de débitos tributários para fins de recuperação, nos termos do §3º do art. 155-A do CTN, venha a adotar critérios adequados e bem alinhados com o sistema de recuperação preconizado pela Lei 11.101/2005, de forma atenuar os problemas ora apontados em relação à matéria. Até que isso ocorra, caberá unicamente à jurisprudência interpretar o art. 57 de sorte a não viabilizar o regime de recuperação preconizado na Lei.

E em relação à Lei específica para o parcelamento tributário, Hugo Machado de Brito³⁷ escreve sobre a má qualidade³⁸ destes dispositivos do ordenamento jurídico. Na mesma esteira, o autor entende que o devedor primeiro deverá requerer a CND a Fazenda, atentando-se a impraticabilidade do pagamento dos débitos tributários, tentará o parcelamento para obter a certidão positiva com efeito de negativa. Então “defende a suspensão da prova de quitação pelo fato do devedor vir a entender que o crédito tributário é indevido ou que o parcelamento pode ser negado por dispositivos legais”.

Há, ademais, o entendimento do Desembargador Romeu Ripicupero³⁹ de que o parcelamento previsto em Lei Federal é de no máximo 60 (sessenta) meses, incidindo juros sob a taxa Selic. Em Lei Estadual o parcelamento é previsto em até 24 (vinte quatro) meses. O cumprimento desses parcelamentos nessas severas condições é absolutamente

³⁶MUNHOZ, Eduardo S. Comentários aos artigos 55 a 69. In: Souza Junior, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Revista dos Tribunais. p.283. São Paulo, 2006.

³⁷MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. Revista atualizada e ampliada. Malheiros. 31.ed. p. 198. São Paulo, 2010.

³⁸A Lei Complementar 118, de 9.2.2005, acrescentou os §§ 3º e 4º ao art. 155-A do CTN. No § 3º está dito que lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial. E o §4º diz que da lei específica a que se refere o §3º importa a aplicação das leis gerais de parcelamento. Como se vê, dois dispositivos rigorosamente inúteis, que nada acrescentaram ao ordenamento jurídico brasileiro e não passam de mais uma evidente manifestação da tendência lamentável para o casuismo legislativo. Basta que se tenha razoável conhecimento sobre Teoria Geral do Direito para perceber a absoluta desnecessidade dessas normas. Que uma lei específica pode dispor sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial é evidente. Qualquer situação específica pode ser objeto de Lei específica, que conviverá com a lei que rege as situações gerais. E mais evidente é que a anuência de uma lei específica enseja a aplicação da lei geral.

³⁹Tribunal de Justiça de São Paulo. Câmara Especial de Falências e Recuperação Judiciais de Direito Privado. AG nº 456.393-4/8-00. Relator: Romeu Ricupero.

impossível. Este entendimento ocorreu na concessão da recuperação judicial da empresa Hikari Indústria e Comércio Ltda.

Vladimir de Freitas⁴⁰ compreende que é necessária a criação de uma Lei específica, pois um plano de recuperação judicial de uma empresa sobrecarregada de dívidas somente ganhará viabilidade se os créditos tributários puderem ser parcelados por prazo superior ao regulado pelas normas dos governos parciais que regem o parcelamento geral dos créditos tributários.

1.3.1 PRECEDENTES JURISPRUDENCIAL

Para o devedor obter uma CND ou Certidão Positiva com efeitos de Negativa (CPND), diante de um parcelamento tributário, depende da criação de um parcelamento especial para as empresas envolvidas em recuperação judicial, de forma que todos os entes federados ofereçam a elas condições especiais, diferentes das estabelecidas para os demais devedores da Fazenda Pública. O que ainda não foi feito por nenhuma unidade da federação, ou seja, existem somente projetos de Lei, nenhuma Lei específica sobre esse tema.

A este respeito existem alguns projetos na Câmara dos Deputados. O projeto n.º 246/2003, proposto pelo Deputado Paes Landim e o projeto n.º 4.982/2005 do Deputado Osvaldo Biochi e ainda, o projeto n.º 6.447/2005⁴¹ do Deputado Jorge Boeira. Em consonância ao entendimento da ausência de Leis de parcelamento e que as empresas em estado de crise econômico-financeira necessitam da recuperação judicial, Ricardo Negrão ao citar Manoel Justino Bezerra Filho⁴² explica que as decisões proferidas sob a égide do

⁴⁰FREITAS, Vladimir Passos de. **Código Tributário Nacional comentado**. Revista dos Tribunais 3.ed..p.665-666, 2005.

⁴¹ Sobre a concessão de parcelamento de débitos juntos à Secretaria da Receita Federal – SRF, ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN a devedor em processo de recuperação judicial, nos termos do art. 155-A da Lei 5.5172, de 25 de outubro de 1966, e do art. 68 da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 e, em se art. 2º, a possibilidade de parcelamento dos débitos em 120 prestações mensais e sucessivas, a favor de quem estiver em processo de recuperação judicial.

⁴²BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de recuperação e falência comentada**. Revista dos Tribunais. 3.ed. p. 32. São Paulo, 2005.

diploma em comento, têm afastado o entendimento de que ausência de certidão negativa conduz obrigatoriamente à falência do devedor.

Na recuperação da Parmalat, na Capital de São Paulo, o Juiz Alexandre Alves Lazzarini entendeu que “a orientação que vem se formando pela desnecessidade da demonstração da regularidade fiscal, tendo a Parmalat apresentado precedentes, uma da 1ª Vara Cível de Ponta Grossa (...) e outra da 8ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro”, salientando que “o Fisco deve atender o princípio constitucional da proporcionalidade e, também, os princípios estabelecidos no art. 47 da Lei n.º 11.101/2005, que por consequência, encontram seu amparo no art. 170 da CF/88”. (Processo n.º 000.05.068.090-0, TJSP).

Na recuperação da Bombril em São Paulo o Juiz Caio Marcelo Mendes de Oliveira entendeu que “enquanto não regulamentado o art. 68 da Lei Especial, não há como se exigir a juntada de certidões negativas de débito fiscal, como condição para o deferimento da recuperação da empresa”. (Processo n.º 583.00.2005.123223-8, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, TJSP).

Na recuperação da Varig, no Rio de Janeiro, o Juiz Luiz Roberto Ayub consignou que “a ausência de Lei especial disciplinadora do parcelamento de créditos tributários de quem esteja em processo de recuperação, exige tratamento de créditos tributários de quem esteja em processo de recuperação, exige tratamento que for mais benéfico ao contribuinte, sendo inaplicável a norma do art. 191-A do CTN, enquanto não se dê cumprimento ao disposto no §3º do art. 155-A daquele diploma legal”. (Processo n.º 2005.001.072887-7, 1ª Vara Empresarial, TJRJ).

Na recuperação da Wosgrau, em Ponta Grossa, no Estado do Paraná, a decisão do Juiz Luiz Henrique Miranda consignou: “A exigência de apresentação de certidões comprobatórias de inexistência de débitos junto ao Fisco e à previdência, feita pelo art. 57 da Lei n.º 11.101/2005, ofende o princípio constitucional da razoabilidade e agride as garantias constitucionais ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa dadas ao contribuinte”. (Processo n.º unificado 0008349-41.2005.8.16.0019 ou 390/2005).

Na recuperação de Marquat Ltda. (Processo n.º 1580/05), em Barueri, Estado de São Paulo, o Juiz Mário Sérgio Leite lembrou que “as ações de execução fiscal não estão sobrestadas pela recuperação judicial e, portanto, não há prejuízos para o Fisco, sem falar que sequer houve aprovação de Lei especial que trataria das condições de parcelamento dos créditos tributários (art. 155-A, §3º do CTN)”.

Na já citada recuperação judicial da empresa Hikari Indústria e Comércio Ltda. de São Paulo na Comarca de Ferraz de Vasconcelos no Agravo de Instrumento n.º 456.393-4/8.00, também conseguiu a não exigência das certidões negativas de débitos tributário prevista no art. 57, pela impossibilidade se parcelar as dívidas fiscais.

Para a emissão de CND com o comprovante de quitação das dívidas fiscais, ou a CPND, quando os créditos estão suspensos, há uma séria complicação em função de tão pouco tempo⁴³ para estas serem apresentadas. Ainda que houvesse tempo razoável, uma empresa no Brasil que pede para se recuperar em juízo, está devendo o Fisco antes de dever o cliente. Ademais, a tentativa de parcelar as dívidas fiscais que já estão sendo executadas e estas execuções não são suspensas, haveria o embate de que não há Leis de parcelamento⁴⁴ para empresas em recuperação judicial.

Não havendo o parcelamento dos débitos fiscais em Lei específica, o devedor, segundo Campinho⁴⁵ ficaria sujeito ao parcelamento da legislação geral (Lei n.º 10.522/02 e n.º 10.637/02) de sessenta meses, pois o empresário individual ou a sociedade empresária não podem ser prejudicados.

Portanto, o Estado fica na posição de mero arrecadador de tributo e acaba ignorando vantagens como a preservação da empresa que poderia contribuir com os tributos

⁴³ Prazo para apresentar CND ou CPND para deferimento da Recuperação Judicial: art. 205, parágrafo único do CTN estabelece prazo de 10 dias. É razoável, portanto, fixar-se em quinze dias, desde a deliberação favorável da assembleia geral ou do decurso do prazo de trinta dias previsto no art. 55, o prazo limite para essa apresentação.

⁴⁴ O deferimento da Recuperação Judicial também é possível se o devedor tiver feito acordo e obtido o parcelamento dos débitos tributários. O próprio art. 68 dispõe que as Fazendas Públicas e o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo CTN. (Maria Gabriela Venturri Perrota Rios Gonçalves – Victor Eduardo Rios Gonçalves. **Sinopses Jurídicas Direito Falimentar**.ed.saraiva. 2ªtiragem.p.63).

⁴⁵ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresas: o novo regime da insolvência empresarial**. Renovar. p. 120. Rio de Janeiro, 2006.

numa situação futura, já recuperada, e na manutenção dos empregos dos trabalhadores. Conforme essa observação Campinho aponta que a empresa não é de interesse apenas do empresário, mas dos investidores, instituições de crédito do Estado, dos fornecedores e dos trabalhadores. E primordialmente, como um centro de equilíbrio sócio econômico para o país.

Diante do exposto, o autor Rubens Approbato Machado⁴⁶ pensa que, em razão da ausência de dispositivo que regule a obrigatoriedade da concessão do parcelamento dos débitos tributários, cabem as Fazendas de modo facultativo se interessar em estabelecer uma legislação específica para tal parcelamento.

⁴⁶APPROBATO MACHADO, Rubens. **Alterações na nova lei de falências e de recuperação das empresas.** Revista do Advogado. v. 25. n. 83. p. 278-280. São Paulo, Setembro, 2005.

CAPÍTULO 2 - A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 57 EM CONFRONTO AOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

2.1 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 57 E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A constitucionalização do direito civil é o marco da adequação da legislação privada aos direitos fundamentais. A empresa ou empresário individual estão previstos no texto do Novo Código Civil, e passar a enxergar sua função social e suas necessidades é integrar a constituição ao direito privado.

O sistema de recuperação judicial e falência é regido pelo princípio norteador, intrínseco a Lei n.º 11.101/05, da supremacia da recuperação da empresa. De todo o emaranhado de Leis que trataram do devedor que poderia se recuperar acordando suas dívidas e agora planejando sua forma de quitação, há de se valer da interpretação constitucional do art. 57.

Antes de adentrar a interpretação constitucional é necessário expor que a Lei de recuperação de empresas e falência é Lei específica e regula a atividade entre particulares, exceto quando fala da quitação dos tributos. Restou claro no art. 1º que a Lei é aplicada exclusivamente para o empresário e a sociedade empresária, desta forma, o artigo 2º afasta as empresas públicas, sociedades de economia mista, instituição financeira pública, dentre outras⁴⁷.

Portanto, é a autonomia da vontade que é preservada no instituto da recuperação judicial. Em relação ao interesse público, a empresa se mantém no mercado para manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O art. 57 não atende o interesse público como descrito no art. 47. Somente dispõe que o Estado intervenha, instantes antes, da decisão que concederá a recuperação judicial, com a exigência da CND.

⁴⁷Art. 2º, inciso II da Lei n.º 11.101/05: Esta Lei não se aplica a: II–instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

No que tange a interpretação constitucional o autor Hans Kelsen⁴⁸, na Teoria Pura do Direito, da Escola normativista do Direito, distingue dois meios de interpretação, que são percebidos claramente no procedimento da recuperação judicial. Sendo o primeiro em relação ao direito que será aplicado pelo órgão jurídico e o segundo, como serão interpretadas as normas. “A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”.

E há igualmente uma interpretação de normas individuais de sentenças judiciais, de ordens administrativas, de negócio jurídicos, etc., em suma, de todas as normas jurídicas, na medida em que hajam de ser aplicadas. (...) Desta forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica.

A aplicabilidade do art. 57 depende então, de uma relação entre um escalão superior e um escalão inferior, como explica Kelsen, a relação entre Constituição e Lei, ou Lei e sentença judicial, como relação de determinação ou vinculação. Logo, o Juiz ao exigir a CND, simplesmente respeita a norma de escalão superior.

O próprio Kelsen reconhece que esta determinação nunca é completa, ou seja, esta norma não vincula em todas as direções o ato do qual é aplicada.

Tem sempre de ficar uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer.

Não há pluralidade de determinações, ou seja, não há outras direções nem uma margem entre a concessão da recuperação judicial e a exigência do art. 57. A não

⁴⁸Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. capítulo VIII A interpretação (45.A essência da interpretação. Interpretação autêntica e não autêntica). 4ed. Tradução de Dr. João Batista. Machado Editor. p.463 - 475, Coimbra.

entrega de CND acarreta na convolação da falência do empresário ou sociedade empresária. É compulsório e não tem espaço para outra alegação.

E não existem indícios para aplicação do art. 4º da Lei de Introdução às Normas Brasileiras, sendo a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito aplicados quando a lei for omissa. Não há omissão, pelo contrário, é demasiadamente clara a exigência da CND. Tão claro que o art. 57 é reforçado pelo art. 151 do CTN (exige a quitação com o Fisco para haver a recuperação judicial).

Em razão disso, a margem que tem de ficar para a concessão da recuperação judicial sem a exigência da CND é a proporcionalidade que tem com uma parte a ponderação. A ponderação é explicada no Direito Alemão por Habermas⁴⁹, como “a parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo”.

No Direito constitucional alemão a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade consiste de três princípios parciais: dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios expressam a ideia de otimização. Direitos fundamentais como princípios são mandamentos de otimização.

O princípio da proporcionalidade, no entanto, deve ser aplicado na ótica do direito fundamental da função social da propriedade⁵⁰ e em relação aos demais artigos constitucionais que incentivam a manutenção da empresa no mercado contribuindo com a sociedade.

No sentido da aplicação dos demais artigos, o autor Dâmares Ferreira⁵¹ cita o emérito professor Paulo de Barros Carvalho, para elucidar que “a leitura de um artigo único será insuficiente para a compreensão da regra jurídica. E quando isso acontece o

⁴⁹HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1996, S. 369. Revista de Direito Privado, vol.6. n.24.. p. 334-344. outubro / dezembro 2005.

⁵⁰ Função social da Propriedade: No capítulo dos direitos fundamentais, o direito de propriedade vem expresso na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, XXII. No inciso XXIII está prescrita a sua funcionalização social.

⁵¹FERREIRA, Dâmares. *Revista de Direito Privado – O aspecto funcional da Propriedade urbana Constituição Federal de 1988*. v.2. n.6.p.23-51. abril / junho 2001.

exegeta se vê na contingência de consultar outros preceitos do mesmo diploma e, até, sair dele, fazendo incursões pelo sistema”.

Neste diapasão, saindo da Lei n.º 11.101/05 e adentrando a Carta Magna vislumbra-se a incompatibilidade do artigo 57 com vários artigos. Ao observar o artigo 6º da CF/88 que conceitua como um dos direitos sociais o trabalho, assim, a quebra de uma empresa consiste necessariamente na extinção dos respectivos empregos.

Outra incompatibilidade se dá com o artigo 170, inciso VIII da CF/88, que se referem aos princípios gerais da atividade econômica, quais sejam, a valorização do trabalho humano e a busca do pleno emprego. Ademais, segundo Dâmares Ferreira “a propriedade privada é um dos pilares da atividade econômica, no modelo capitalista, o direito a esta conta como um dos princípios da ordem econômica”.

No artigo 193 da CF/88, que se refere à ordem social tendo como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e as justiças sociais, encontra-se outra base para ponderar a exigência do art. 57.

Os artigos constitucionais citados englobam a proteção do emprego e a propriedade privada como pilares da atividade econômica e o princípio da proporcionalidade se baseia em normas concretas e de eficácia plena. Não se torna um princípio abstrato a Lei de recuperação de empresas e falência, mas passa a ser um pilar para o equilíbrio entre a exigência da Receita Federal e a manutenção da atividade empresarial para ajudar o desenvolvimento do país.

Assim, a interpretação constitucional que se dá ao art. 57 se resvala no sentido de uma ponderação entre a exigência do Fisco e um dos pilares da atividade econômica. Ademais, a aplicação do princípio da proporcionalidade não efetiva o não pagamento dos tributos devidos, mas ampara a empresa a se manter no mercado para futuramente quitar suas dívidas sejam elas fiscais, contratuais ou consumeristas.

Mesmo assim, as mudanças da jurisprudência não alteram automaticamente o que anteriormente foi definido por Lei. Nessa perspectiva, o autor

Inocência Mártires Coelho⁵², cita os chamados *leading cases* que são “instantes de viragem hermenêutica que poderiam ser antecipados ou diferidos”.

Portanto, Julio Kahan Mandel⁵³ entende que “o credor fiscal não está sujeito ao procedimento e deveria ser o último interessado na decretação da falência de uma empresa cujo plano de pagamento aos credores já foi aprovado, por ser uma excelente fonte geradora de recursos à Fazenda”.

Destarte a necessidade de certidão negativa de débito fiscal segundo o autor o Estado vê a lei como um meio de quitar as dívidas fiscais. E o judiciário deve estar atento aos sacrifícios que tanto a Fazenda quanto o credor terão que fazer.

2.1.1 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE COBRANÇA DE TRIBUTOS E O CARÁTER DE SANÇÃO POLÍTICA DO ART. 57

O instituto da recuperação judicial foi constituído para ser aplicado nas empresas do Brasil. Isso foi um amadurecimento da antiga concordata. Uma empresa que se encontra em crise econômico-financeira busca em juízo sua reestruturação e passa por muitos desafios para voltar ao equilíbrio, como a aprovação do plano de recuperação, a quitação dos créditos devidos, e a exagerada exigência de CND em tão pouco prazo.

É na seara de exigência da CND em curto espaço de tempo, ou seja, em momento que a empresa já está com tamanha dificuldade, que se percebe a ausência do devido processo legal para apresentar a CND ou a certidão com efeitos de positiva.

A CND para concessão da recuperação judicial é uma imposição com caráter de sanção para a empresa. A empresa devedora, além de ter que reestruturar a situação econômico-financeira, pagando os credores, tem que quitar os débitos tributários. É fato notório que quase nenhuma empresa no Brasil conseguiria anteder esta exigência.

⁵²COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação Constitucional**. Editor Sergio Antonio Fabris. p.60. Porto Alegre, 2007.

⁵³MANDEL, Julio Kahan. **A recuperação judicial de empresas e a Fazenda Nacional**. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. v.10.n.º 12. Janeiro/dezembro 2006.

Desta feita, percebe-se um caráter sancionatório para a empresa que é devedora. E ao invés do Estado deixar que a empresa se reestruture e cumpra com sua função social, um direito fundamental, prefere sua falência para quitar o Fisco.

É o equivalente a uma sanção política tributária, conceito este, explicado pelo tributarista Hugo de Brito Machado⁵⁴.

As sanções políticas são flagrantemente inconstitucionais, entre outras razões, porque: a) implicam indevida restrição ao direito de exceder atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, assegurado pelo art. 170, parágrafo único, da vigente Constituição Federal; e b) configuram cobrança sem o devido processo legal, com grave violação do direito de defesa do contribuinte, porque a autoridade que a este impõe a restrição não é autoridade competente para apreciar se a exigência do tributo é ou não legal.

Em relação ao caráter de sanção política da cobrança de débito tributário e a teoria dos precedentes judiciais já se editaram as súmulas⁵⁵ do STF n.º 70, n.º 323 e n.º 547 que tratam de exigências inconstitucionais. De modo específico será tratado à súmula n.º 70.

A súmula n.º 70 do STF enuncia a inadmissibilidade de se interditar um estabelecimento como meio coercitivo de se cobrar tributos. E pelo que se exige no artigo 57 da Lei n.º 11.101/05 é a cobrança de quitação dos débitos tributários sobre pena de convolação em falência. Ou seja, trata-se de uma norma que autoriza a interdição do Fisco para conceder uma chance de recuperação a empresa.

Uma exigência como esta não coaduna com as garantias fundamentais como o devido processo legal, em outra ordem a manutenção do emprego e da liberdade de comércio. Pois a empresa que busca recuperação em juízo é porque já está devendo o Fisco e os credores.

⁵⁴MACHADO, Hugo de Brito.op.cit. 523.

⁵⁵http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600. Acesso em 02/04/2011.

Súmula n.º 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula n.º 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Súmula n.º 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Desta ordem, percebe-se o caráter inconstitucional do art. 57 da Lei em comento. Pois, resta evidente o caráter coercitivo ou de sanção política contra empresa devedora.

Ainda há de se ressaltar que o artigo 6º, parágrafo 7º da Lei de recuperação de empresas e falência, dispõe da não suspensão das execuções fiscais mesmo havendo concessão da recuperação judicial, exceto se houver os parcelamentos segundo o CTN. Primeiramente, como visto, não há Leis para o parcelamento de débitos tributários para empresas em recuperação. E segundo que, a execução fiscal é muito cara para o Estado, é um procedimento muito lento e muitas das vezes não se consegue citar a parte devedora. Assim, não há tempo para se obter a CND e tampouco os supostos parcelamentos.

2.2 PRINCÍPIOS NÃO CONTEMPLADOS PELO ART. 57

2.2.1 PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

O princípio da proporcionalidade é o que se aplica perante a exigência do art. 57. Em relação ao sistema de recuperação de empresas e falência a razoabilidade é a medida cabível para o devido processo legal seja desempenhado nas varas de falência do Brasil.

O princípio para José Miguel Garcia Medina citado por Salamanca⁵⁶, tem caráter de norma, e uma de suas características é seu dinamismo, pois atualmente o juiz busca sua decisão nos princípios, por serem normas jurídicas fundamentais do direito.

O autor Rui Portanova⁵⁷ define o princípio da instrumentalidade das formas como sendo “o ato processual que for praticado por forma diversa da estabelecida em Lei, e mesmo assim atingir a finalidade a que ele se destina, deve ser considerado válido”.

A Lei n.º 11.101/05 é um sistema constituído de normas com a finalidade essencial de promover a recuperação da empresa ou a decretação da falência, atentando-se

⁵⁶SALAMANCHA, José Eli.op.cit.p.174.

⁵⁷PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Livraria do Advogado. 4ed.p.187. Porto Alegre, 2001.

ao melhor modo de se quitar as dívidas com os credores. Pelo histórico deste diploma legal, que já foi tratado em tópico anterior, o legislador sempre buscou a melhor maneira para a empresa continuar no mercado, pois o Estado sempre se beneficiou e se beneficia com a existência de empresas.

Em razão disso, as normas elencadas neste diploma visam à melhora da empresa e a satisfação dos credores. Exceto o art. 57, onde esse objetivo é bloqueado, havendo então, um confronto com o sistema (conjunto de normas). Confronto este que causa um grande embate ao processo tendo como partícipes a empresa em recuperação, os credores e o Juiz que tem a função de conceder a recuperação após o cumprimento do antinômico art. 57.

O caráter técnico das normas de um sistema deve sempre atingir o seu objetivo principal, que no caso em tela, é a recuperação. Ada Pellegrini Grinover⁵⁸ explica esta técnica.

Em decorrência de sua instrumentalidade ao direito material, as normas processuais, na maior parte, apresentam caráter eminentemente técnico. Entretanto, a neutralidade ética que geralmente se empresta à técnica não tem aplicação ao processo, que é um instrumento ético de solução de conflitos, profundamente vinculado aos valores fundamentais que informam a cultura da nação. Assim, o processo deve absorver os princípios básicos de ordem ética e política que orientam o ordenamento jurídico por ele integrado, para constituir-se em meio idôneo para obtenção do escopo de pacificar e fazer justiça. Dessa forma, o caráter técnico da norma processual fica subordinado à sua adequação à finalidade geral do processo.

A finalidade do processo, dentro do direito material e processual⁵⁹ envolvendo a empresa em recuperação é a sua recuperação e manutenção no mercado. Logo, a instrumentalidade da forma é atingir o fim desejado pelo legislador.

⁵⁸GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. Malheiros editores. 23.ed.p.96, 2007.

⁵⁹Ada Pellegrini op.cit.p.44 – meio efetivo para realização da Justiça. (...) Para Chiovenda e outros, o ordenamento jurídico cindi-se nitidamente em direito material e direito processual (teoria dualista do ordenamento jurídico): o primeiro dita as regras abstratas e estas tornam-se concretas no exato momento em que ocorre o fato enquadrado em suas previsões, automaticamente, sem qualquer participação do juiz. O processo visa apenas à atuação (ou seja, à realização prática) da vontade do direito, não contribuindo em nada para a formação das normas concretas; o direito subjetivo e a obrigação preexistem nele.

O sistema de recuperação de empresas e falência é constituído por várias exigências que visam afastar as fraudes contra os credores. Um cuidado que o legislador tomou para preservar o direito do credor de receber o que lhe é de direito.

O empresário busca a recuperação em juízo para quitar suas dívidas com os credores e quitar as dívidas fiscais, para se manter no mercado e cumprir com a função social da propriedade. Os benefícios mais evidentes são a oferta de emprego, a contribuição com o desenvolvimento da cidade onde se localiza a empresa, o desenvolvimento econômico para o Estado e a concorrência onde o cliente busca boas opções de empreender seus gastos.

Todavia, o empresário ao recorrer ao sistema de recuperação em juízo tem que apresentar o seu plano de recuperação para a assembleia geral de credores. Se aprovado pelos credores ou apresentado o plano e estes não se manifestarem em tempo hábil, o empresário tem que apresentar em juízo prova de quitação de todos os tributos, demonstrando sua regularidade fiscal. Esta é uma exigência que afronta a intenção de todo o sistema de recuperação, fazendo com que a Lei possua uma norma excessiva que afasta a instrumentalidade.

Art. 57 Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos artigos. 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Esta norma esbarra com o princípio da instrumentalidade das formas, que tendo como base os artigos 154 e 244 do Código de Processo Civil (CPC), que segundo o processualista Luiz Guilherme Marinoni⁶⁰, independente da forma adotada tem que atingir o fim essencial e se o objetivo foi alcançado sem prejudicar as partes, “não se deve decretar nenhuma invalidade”. Este entendimento está em consonância com o STJ, 4ª Turma, REsp 7.184/SP, rel. Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, j. em 08/10/1991, DJ 11.11.1991, p.16149.

⁶⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. Revista dos Tribunais.p.191 e 239. São Paulo.

O instrumento é a recuperação em juízo, regulado pelas normas da Lei n.º 11.101/05 e a instrumentalidade⁶¹ adotada e elencada no art. 47 da Lei em comento, é superação da crise econômico-financeira. Portanto, o art. 57 é um excesso ao instrumento, é um desvio da finalidade da Lei.

Portanto, o excesso disposto no art. 57 desse diploma, inviabiliza o fim essencial, ou seja, a concessão da recuperação judicial. Inviabiliza, também, a celeridade do processo de recuperação, afasta a esperança do empresário de se manter no mercado e atrasa o procedimento. Para o Juiz, a observância da capacidade da empresa se manter no mercado observando outros fatores como organização da empresa pelo administrador judicial e desempenho para quitar suas dívidas valem mais do que a emissão de CND que para as empresas no Brasil, é uma utopia.

2.2.2 PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL E A TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL

A Lei n.º 11.101/05, também, deve ter na sua elaboração como princípio basilar a economia processual, que segundo Ruy Portanova⁶², é a “busca de processo e procedimentos tão viáveis quanto enxutos, com um mínimo de sacrifício (tempo e dinheiro) e de esforço (para todos os sujeitos processuais), interessa o processo como um todo”.

Esse princípio é contemplado nos artigos 249 e 345 do CPC e é interligado ao devido processo legal, significando que o processo deve ter todo o procedimento exaurido de modo célere.

Em relação ao procedimento para concessão da recuperação judicial, o art.

⁶¹ Ada Pellegrini op.cit.p.47 – Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual, para, eliminando os conflitos, desenvolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: sociais, políticos e jurídico. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da pacificação social constitui fator importante para compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político.

⁶² PORTANOVA, Rui.op.cit.p.26

57 confronta a economia processual do processo. O processualista Galeno Lacerda⁶³ parte do pressuposto de que o “direito deve ser reconhecido como o menor gravame possível e que se deve respeitar o dogmatismo dos prazos”.

O prazo para expedição da CND é o de dez dias, disposto no art. 205 do CTN, todavia, em condições normais para empresas brasileiras este prazo é utópico e nunca é observado. Se o devedor não consegue a CND ele tenta pegar uma certidão positiva com efeitos de negativa, que só é possível nos termos do art. 191 do mesmo diploma.

Resta claro que a empresa precisará muito mais do que dez dias, corroborando para afronta da economia processual⁶⁴. E o que deveria beneficiar a empresa para se recuperar o quanto antes, convalida-se em um atraso sem medidas que consequentemente enseja em falência.

Com o atraso do processo a recuperação judicial deixa de ser racionalizada e econômica, passando a ser extremamente lenta e dispendiosa. O devedor quanto requer a recuperação em juízo, pugna pela celeridade do procedimento para logo restaurar a viabilidade econômica. Nesta contenda o autor Rui Portanova⁶⁵, compreende que “(...) muitas vezes na ânsia de ganhar tempo, o legislador cria procedimentos e prevê prazos que acabam desprestigiando a ideia de celeridade”.

A Lei que rege a recuperação judicial deve ser interpretada e aplicada em função do seu fim, com visto no princípio da instrumentalidade das formas. Com isso, o mesmo autor afirma que o processo tem o objetivo de ser sempre um dado concreto, ou seja, a preocupação da Lei é fazer de tudo para salvar o processo.

Na ótica da recuperação empresarial, a economia processual está presente também nos atos que o Juiz deve realizar para atingir o objetivo material. E neste caso, os precedentes como o caso Varig, Parmalat e Wosgrau existem por decisões que visaram ao fim do processo respeitando o objetivo da norma.

⁶³ LACERDA, Galeno. **O código e o formalismo processual**. Revista de Processo. v.28. p.7, 1983.

⁶⁴ Deberá ser estructurado para rendir al máximo, com la menor actividad posible, todo para mayor celeridad de la actividad judicial. (ALVIM, José Manuel de Arruda. **Manual de direito processual civil**. Revista dos tribunais. v.1.São Paulo, 1977).

⁶⁵ PORTANOVA, Rui.op.cit.p.24

Assim, em relação ao prazo inicial para a empresa se recuperar que depende do prazo para obter a CND, é um obstáculo para economia processual, onde atrapalha a empresa a se recuperar, pois só poderá quando apresentar as certidões em juízo e houver o deferimento da recuperação judicial.

Diante deste entrave criado pela obrigação de apresentar as certidões negativas de débitos tributários, é importante assentar que o art. 57 é uma norma antinômica em relação ao sistema de recuperação. Uma solução até o presente momento é retomar as fontes do direito, de modo mais específico à aplicação da teoria dos precedentes judiciais⁶⁶ adotada por José Rogério Cruz e Tucci⁶⁷. Esta fonte do direito pode ser aplicada junto ao princípio da economia processual e dar efetividade a recuperação judicial.

Tendo esse instrumento, muito importante, para se aplicar a um novo caso concreto bastante semelhante ao precedente, a demanda atenderia a economia processual e o sistema de recuperação de empresas atenderia as empresas no Brasil.

Nesse contexto, o autor comenta que “muito mais que aplicar a lei, cumpre ao magistrado criar uma norma jurídica que fundamente e dê validade à conclusão. Essa criação se faz a partir da análise do caso concreto sob a perspectiva constitucional, à luz dos direitos fundamentais”.

A autora Ada Pellegrini Grinover⁶⁸ discorre que “o princípio da economia processual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”. E em relação ao sistema complexo de normas para se atingir a recuperação judicial resta claro que a empresa é prejudicada no equilíbrio entre custo-benefício.

⁶⁶O sistema de *comom law* é informado pela teoria do *stare deicisis*, segundo a qual o precedente judicial – *rectius*–: a sua *ratio decidendi*–, sobretudo aquele emanado da Corte superior, é dotado de eficácia vinculante não só para própria Corte como para os juízos que lhe são hierarquicamente inferiores. A também chamada *doctrine of binding precedent*, que teve início na Inglaterra, nas primeiras décadas do século XIX, foi definitivamente reconhecida em 1898, no caso *London Tramways Company v. London Country Council*, oportunidade em que a Câmara dos Lordes inglesa não só tratou do efeito auto-vinculante do precedente, como também estabeleceu a sua eficácia vinculativa externa a todos os juízos de grau inferior (a chamada eficácia vertical do precedente).

⁶⁷TUCCI, José Rogério Cruz e, **Precedente judicial como fonte do direito**. Revista dos Tribunais. p.161. São Paulo, 2004.

⁶⁸Ada Pellegrini.op.cit.p.79.

Para a sociedade empresária ou o empresário individual que enfrenta a disputa de mercado e o recolhimento de impostos, se manter na “praça” tem que atender bem as exigências do Código de Defesa do Consumidor e ainda se destacar frente a as empresas do mesmo ramo. Agora, no íntimo do empreendimento tem que existir uma grande estrutura de gerência e administração, onde essas, na maioria das vezes são responsáveis pela crise econômico-financeira.

Logo, quando a empresa necessita de recuperação em juízo o poder judiciário não pode simplesmente fechar os olhos ou ignorar que para empresa atender o plano de recuperação se faz necessária a economia na tramitação do processo. É nesta esteira que Mauro Cappelletti citado por Ruy Portanova⁶⁹ fala que o poder judiciário não pode ter uma atitude agnóstica, ou seja, colocar a culpa na imperfeição das Leis.

Diante da circunstância antinômica em questão ao invés de se colocar a culpa meramente na norma, deve-se vislumbrar o precedente judicial. Pois o precedente já decorreu de uma análise da Lei e resultou na aplicação mais compatível com a realidade empresarial e com a celeridade processual.

O autor Paulo Toledo⁷⁰ ensina que o administrador judicial tem a importante função de cumprir com o plano de recuperação judicial, ser fiscalizado pelo comitê de credores e ainda lutar contra o tempo, para superar a crise econômico-financeira. Assim, no processo não econômico, o administrador judicial fica atravancado, dependendo do judiciário para conceder a recuperação judicial que na maioria das vezes é possível, ainda que não seja real a apresentação da CND.

Portanto, a Lei de recuperação de empresas e falência contém uma norma antinômica e que ainda obsta a celeridade processual, deve-se utilizar da teoria dos precedentes, já comentada, como solução de aplicação nos casos que estão sendo julgados atualmente, tendo em vista a manutenção da empresa no mercado.

⁶⁹PORTANOVA, Ruy. op. cit. p.27

⁷⁰TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **Comentários à Lei de Recuperação e Falência**. Saraiva. p.81. São Paulo, 2005.

E ainda, o autor Robert Alexy⁷¹ fala da responsabilidade de quem não adotou o precedente para julgar, nesse caso, a concessão da recuperação judicial do devedor.

Por isso é que o abandono dos precedentes exige não apenas explicação ordinária das razões de fato e de direito que fundamentem essa decisão, como também uma justificação adicional dos motivos que levaram o intérprete a se afastar do critério anterior. Quem resolve desprezar um precedente, assume o ônus da argumentação, pois não parece sensato renunciar sem justificação ao que até então vinha sendo adotado como prevalecente.

Portanto, é dever do aplicador do direito considerar, segundo o autor, as transformações sociais, para utilização da jurisprudência. Na recuperação judicial, deve-se ficar atento a realidade funcional das empresas devedoras e aos julgados que foram obtidos sem a obrigação de apresentação de CND.

2.3 PRINCÍPIO DA FORMALIDADE EXCESSIVA

O princípio da formalidade excessiva decorre do princípio do devido processo legal.

O art. 47 da Lei n.º 11.101/05, resume o objetivo do instituto da recuperação judicial, que é restaurar o *status quo ante* da empresa na viabilidade econômico-financeira, ou seja, superar a crise que ensejou o pedido de recuperação.

Como visto, é regra da instrumentalidade das formas o não prejuízo do processo legal e a finalidade da Lei. Contudo, se a atenção não estiver voltada para a realidade e a instrumentalidade do processo pode haver injustiça com a empresa.

A sociedade empresária ou o empresário individual que faz o pedido de recuperação judicial é partícipe de uma realidade de crise econômico-financeira. E havendo uma excessiva formalidade para se manter no mercado, mesmo com a nomeação de um

⁷¹ALEXYY, Robert. **Teoria de la argumentacion juridica**. Centro de Estudios Constitucionales. p.265. Madrid, 1989.

administrador judicial qualificado para tanto, afastando a administração que viabilizou a crise, não há empresa que consiga se manter no mercado, salvo raras exceções.

A norma antinômica, art. 57 da Lei n.º 11.101/05, diante do princípio da instrumentalidade das formas e o princípio da liberdade da forma, ambos explicados por Rui Portanova⁷², é um excesso a forma processual.

Segundo o autor, atos processuais, em regra, não dependem de forma e “há um número bem maior de atos regidos pela informalidade, em comparação com o reduzidíssimo número de atos cuja forma é expressamente prevista em lei”.

Ainda que não se desprezem algumas formalidades, a regra não é predeterminação de forma para regularidade do ato processual. Como diz o art. 154 do CPC, os atos e termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente o exigir. Ainda assim, reputam-se válidos os atos que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial. Uma norma específica, ou seja, taxativamente expressa em lei gera a nulidade processual.

Mas segundo o autor, o código de processo civil tem assegurado muito mais aproveitar os atos processuais do que simplesmente declará-los nulos.

A norma em questão, antinômica em relação ao seu sistema, prevê que o seu não cumprimento enseja em decretação da falência sequencialmente. Ou seja, o administrador judicial, nomeado para superar a crise econômico-financeira após apresentar o plano de recuperação da empresa⁷³ e tendo este plano aprovado se não apresentar a CND terá todo o procedimento anulado e convalidado em falência.

Diante da finalidade processual, requisito da instrumentalidade da forma, a parte da Lei que trata da recuperação da empresa em juízo não pode ser meramente desvalorizada por uma exigência que não está de acordo com a realidade empresarial brasileira.

⁷² PORTANOVA, Rui. Op.cit.p.186

⁷³ Até o plano de recuperação judicial ser aprovado, muitos credores na assembleia geral não aprovam o referido plano, e o administrador judicial tem que reapresentar o plano até a maioria determinada na Lei, aprovar.

A formalidade excessiva gera muitas vezes “válvulas de escape” para uma empresa que quer se manter no mercado, prova para seus credores que isso é possível, mas fica presa a muitos procedimentos, a uma burocracia jurídica infundável.

Devido à formalidade excessiva, o Deputado Osvaldo Bicocchi no projeto de Lei n.º 4892/05 propõe a concessão de parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, o INSS e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Isto porque o deputado atendeu as expectativas de administradores judiciais, advogados e principalmente das empresas devedoras de que tal solução resolveria muito mais rapidamente os parcelamentos para a devida quitação dos débitos tributários.

Mais uma vez depara-se com a formalidade excessiva, pois o referido projeto de Lei e outros que tratam de assuntos interligados a recuperação judicial sequer foram apreciados no plenário da câmara.

Portanto segundo o já citado Eduardo Munhoz, os juízes no momento da decisão da concessão ou não da recuperação judicial deverão sempre se valer dos precedentes judiciais e dos princípios que regem a Lei em discussão.

O art. 57 é justificado no CTN através dos artigos criados no mesmo momento da Lei n.º 11.101/05, todavia não está em harmonia ao diploma legal. Isto é característica de antinomia e que não se coaduna com os princípios que tem força normativa no sistema brasileiro.

O art. 187 do CTN dispõe que “a cobrança judicial do crédito tributário não está sujeita à recuperação judicial”. Em seguida o art. 191-A do CTN em conjunto com o referido art. 57 envolvem o Fisco na recuperação judicial. Depreende-se, no entanto, um excesso na forma de se buscar a recuperação da empresa devedora. O Fisco sequer faz parte da assembleia geral de credores e não sabe qual é o plano de recuperação, mesmo assim, exige a quitação dos débitos fiscais.

CAPÍTULO 3 – SUPREMACIA DA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E AS EXECUÇÕES FISCAIS

O real sentido da recuperação judicial diante dos problemas econômicos - financeiros que o devedor sofre, é o resgate do exercício da função social. Neste nuance o professor Fabio Ulhoa Coelho⁷⁴ explica:

No Brasil, a Lei contempla duas medidas judiciais com o objetivo de evitar que a crise na empresa acarrete a falência de quem a explora. De um lado, a recuperação judicial, de outro, a homologação judicial de acordo de recuperação extrajudicial. Os objetivos delas são iguais: saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial, preservação da atividade econômica e dos seus postos de trabalho, bem como o atendimento aos interesses dos credores. Diz-se que, recuperada, a empresa poderá cumprir sua função social.

E o sentido dos direitos fundamentais, segundo Konrad Hesse citado por Gilmar Mendes⁷⁵ não é uniforme. “A razão é bem conhecida: o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos”.

No interior dos Estados Democráticos, o modo como são tratados os direitos fundamentais varia. Konrad Hesse lembra que “as soluções oscilam desde a regulação por um catálogo minucioso de direitos fundamentais na Constituição (como acontece na Alemanha), ou remeter-se a uma declaração histórica de direitos humanos (como na França), até reconhecer a vigência aos direitos fundamentais como garantias não escritas (como ocorre essencialmente na Grã-Bretanha). Da mesma maneira são diferentes o desenvolvimento concreto dos direitos fundamentais, na medida em que vinculam o legislador ou a fiscalização judicial para garantir sua observância”. Daí a conclusão de que “a validade universal dos direitos fundamentais não supõe uniformidade”.

O princípio da função social da propriedade é um direito fundamental pois está descrito no art. 5º, inciso XXIII da CF/88 e no inciso anterior vem descrito que existe o

⁷⁴COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. Saraiva. ed.3. p.72. São Paulo, 2005.

⁷⁵MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva. p.229. 2007.

direito de propriedade⁷⁶. Desta forma o conceito de propriedade não está preso a um conceito meramente de imóvel ou móvel, explica o autor Weimar, ao apontar a moderna concepção da propriedade como um conceito não somente civilístico, mas constitucional.

Segundo Dâmares Ferreira⁷⁷ esta é uma norma de eficácia plena, pois está prescrita de modo imperativo sua inviolabilidade. Segundo seu entendimento “a propriedade deverá ser exercida no sentido de se promover a justiça e a solidariedade, buscando sempre garantir o desenvolvimento nacional”.

A Lei infraconstitucional, o Novo Código Civil de 2002, no Livro II, segundo o comercialista Celso de Oliveira⁷⁸, dispõe sobre empresas nos artigos 1028 e 1033 que tratam de maneira implícita da função social da empresa, “visando preservar a empresa com a continuidade das atividades, no caso de resolução da sociedade com enfoque a um sócio e no caso de surgimento da unipessoalidade superveniente”.

Nessa mesma ordem o professor Perlingieri⁷⁹ cita as seguintes palavras: “a disciplina da função social deve ser entendida não como uma intervenção em ódio a propriedade privada, mas torna-se a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito”.

O comercialista Celso de Oliveira cita Fábio Konder Comparato⁸⁰, diante da recuperação econômica da empresa que enseja sobrevivência contemplando o princípio da função social, para corroborar a tese de que “o poder-dever do titular do controle é dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos”.

A função social representa o papel do empresário ou da sociedade empresária, isto, segundo Carlos Domingos⁸¹. Logo, o devedor que não consegue provar a

⁷⁶Segundo Weimar, citado pelo autor Gilmar Mendes, “o império da Constituição passou a admitir que a garantia do direito de propriedade deveria abranger não só a propriedade sobre bens móveis ou imóveis, mas também os demais valores patrimoniais, incluídas aqui as diversas situações de índole patrimonial, decorrentes de relações de direito privado ou não”.

⁷⁷ FERREIRA, Dâmares. Op.cit.p. 29

⁷⁸ OLIVEIRA, Celso Marcelo de.Op.ct.p.238

⁷⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil – Introdução do direito civil constitucional**. Traduzido por Maria Cristina de Cicco. Renovar. p.226. Rio de Janeiro, 1999.

⁸⁰OLIVEIRA, Celso Marcelo.op.cit.p.237

⁸¹DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. Op.cit.p.80

função social que desempenhou através do balanço patrimonial e dos livros fiscais não é passível da recuperação judicial.

A preservação da empresa é viável se sua atividade é passível de reestruturação para se manter no mercado, bem como pela influência que gera no desenvolvimento econômico da região que está localizada. Por assim entender, o devedor deve sempre estar atento no que será deliberado pela aprovação dos credores no plano de recuperação judicial.

O plano de recuperação judicial demonstra a capacidade do devedor continuar no exercício da função social da sua propriedade. O princípio da supremacia da recuperação da empresa⁸² é a marca da função social dentro da Lei de recuperação de empresas e falência.

A preocupação do legislador foi tamanha, que para desempenhar a função social na empresa em recuperação judicial, se necessário, afasta-se o empresário para um administrador judicial, capacitado para uma gestão mais técnica, possa manter a empresa no mercado.

Para Campinho⁸³, o princípio da supremacia da recuperação da empresa é o objetivo de que a empresa recupere o equilíbrio econômico-social. Isto, porque a empresa não é simplesmente um interesse individual do proprietário, mas também, envolvem os credores, os trabalhadores, o recolhimento de impostos, a produção, a dinâmica de mercado, a concorrência e até o próprio Estado.

No momento em que o Juiz, atento ao artigo 57, exige a apresentação da CND ou a CPND nos termos dos artigos 151, 205 e 206 do CTN, não observa a fase que a empresa está vivendo. Nesta ordem, é necessário lembrar que a empresa devedora já é

⁸²Precedente STJ: CC 114987 / SP.CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. 1) Apesar da execução fiscal não se suspender em face do deferimento do pedido de recuperação judicial (art. 6º, §7º, da LF n. 11.101/05, art. 187 do CTN e art. 29 da LF n. 6.830/80), submetem-se ao crivo do juízo universal os atos de alienação voltados contra o patrimônio social das sociedades empresárias em recuperação, em homenagem ao princípio da preservação da empresa. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO da Segunda Seção do STJ. Data do Julgamento 14/03/2011.

⁸³ CAMPINHO, Sérgio.op.cit.p.120.

vítima de inúmeras execuções fiscais, que como disposto no art. 6º, parágrafo 7º da mesma Lei, não ficam suspensas mesmo com a concessão da recuperação judicial.

3.1.1 EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA COMO AUXÍLIO DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

No entanto, as execuções fiscais estão sendo cobradas da empresa devedora antes da concessão da recuperação judicial. É sabido que a execução fiscal é um procedimento de alto custo para o Estado e que existem inúmeras execuções frustradas no Brasil, onde o Fisco não consegue receber o que lhe é devido. Em relação a essa morosidade o Ministro da Fazenda Guido Mantega⁸⁴ fala que a “União leva cerca de 16 (dezesesseis) anos para ver a cor do dinheiro”.

A falta de reflexão do legislador da recuperação de empresas e falência é percebida quando exige a CND mesmo havendo execuções fiscais contra a empresa devedora. Prefere-se um procedimento altamente burocrático do que proporcionar a empresa uma chance de se recuperar, seja dando mais chances de parcelamento do débito tributário, seja suspendendo a exigência de quitação com o Fisco, para que a empresa venha a quitar suas dívidas com Fazenda em um futuro breve.

Para a questão das execuções fiscais frustradas ou a burocracia atual para se executar o contribuinte devedor, existe no Brasil, um projeto de Lei de iniciativa da Fazenda Nacional, pelo Ministro Guido Mantega. A proposta das execuções fiscais é que sejam semelhantes a da Espanha, Itália, a Americana entre outras, que comporta a comunicação entre o devedor e o credor.

⁸⁴http://www.conjur.com.br/2007-mar-14/fazenda_propoe_projetos_execucao_fiscal_administrativa. Acesso em 14/02/2011.

A repórter Maria Fernanda Erdelyi descreveu o que o Ministro da Fazenda Guido Mantega expressou em intenção ao projeto de Lei para haver uma execução fiscal administrativa: “Estamos propondo um novo sistema de cobrança que puxa para a esfera administrativa uma das etapas mais importantes da cobrança. Neste sentido todas as etapas serão realizadas de forma mais rápida e ao mesmo tempo coloca a possibilidade de conciliação”, explica Guido Mantega.

Para o ministro, o projeto beneficia tanto o devedor quanto o credor. “Para o devedor, ter uma pendência é um problema, que o impede de obter crédito, de se tornar um cidadão comum e usufruir de todas as vantagens que tem um cidadão com ficha limpa”. Já a união ira viabilizar o recebimento de suas dívidas. “O Estado irá receber alguma coisa porque não adianta ter R\$ 600 bilhões de dívida e receber 1% ao ano”.

No que tange a recuperação judicial, esse projeto de Lei é muito importante para aumentar a esperança da empresa devedora se manter no mercado, vez que, a empresa devedora já se encontra executada e tem que quitar os débitos existentes para voltar a atuar no mercado.

A proposta do projeto de Lei de execução fiscal administrativa é proporcionar a transação tributária e desafogar o judiciário das execuções fiscais retomando a esfera administrativa, para que haja agilidade na cobrança, flexibilidade, ou seja, se não for possível recuperar todo o crédito, recuperar ao menos parte dele, e responsabilidade no relacionamento entre fisco e contribuintes.

Segundo o procurador geral da Fazenda Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy⁸⁵, sobre o projeto de Lei de execução fiscal administrativa, existe um certo medo para os antigos autores em avançar no tratamento tributário com os contribuintes no Brasil.

De um lado, contra o projeto, serafins, querubins, um coro, qual cardume de teóricos bem intencionados, na síndrome do pânico que plasma o sobressalto para com o desconhecido. **Acena-se com a ruptura da legalidade, canonizam-se as autoridades fiscais, ameaça-se com a imprestabilidade futura de toda a ação burocrática. (grifo)**

Logo, para a empresa devedora ter a recuperação judicial concedida não importa se a execução fiscal demora ou se é rápida, o importante é ter um amplo espaço de diálogo da dívida tributária existente. O diálogo entre o Estado e a pessoa de direito privado faz jus ao direito fundamental de propriedade privada previsto no art. 170 da CF/88, que evidentemente, contribuiria mais com o Estado.

Sendo admitido o projeto de Lei de iniciativa da Fazenda Nacional, uma execução fiscal mais célere, a empresa é obrigada a fazer um planejamento tributário que teria oportunidade de diálogo e ao buscar a recuperação judicial, passaria rapidamente pelo crivo jurisdicional.

⁸⁵ http://www.conjur.com.br/2008-out-30/credito_tributario_acabar_fase_administrativa#autores. Acesso em 20/03/2011. GODOY, Arnaldo Sampaio.

Outro ponto bastante importante é o que tange a transação tributária, já prevista no art. 171 do CTN. O projeto de Lei que trata da referida transação, segundo o Ministro da Fazenda “prevê a possibilidade de negociação entre os devedores e a União. Até o momento, a União poderia apenas cobrar os débitos, mas não negociá-los”.

Portanto, havendo maior possibilidade de discussão do crédito tributário entre o Fisco e a empresa devedora, a recuperação judicial se torna um instituto viável em consonância a sua previsão no art. 47 da Lei n.º 11.101/05. O projeto de Lei que trata da execução fiscal, sinteticamente citado juntamente ao que trata da transação tributária, é a margem de discussão, ou seja, a tentativa de reencontrar o equilíbrio econômico-social da empresa devedora.

3.2 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não são as pessoas físicas as únicas que protagonizam os direitos fundamentais. Atualmente se fala em empresa ou empresário individual como titulares de direitos fundamentais. O constitucionalista, Ministro Gilmar Mendes juntamente de Inocêncio Mártires e Paulo Gustavo entendem que não há, em princípio, impedimento para que as pessoas jurídicas detenham os direitos fundamentais.

Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular. (...) Há casos ainda de direitos conferidos diretamente à própria pessoa jurídica, tal o de não-interferência estatal no funcionamento de associações (art. 5º, XVIII) e o de não serem elas compulsoriamente dissolvidas (art. 5º, XIX).

A empresa que busca a recuperação da viabilidade econômico-financeira naturalmente se socorre do direito de continuar sua função social, de garantir a propriedade privada. A recuperação judicial permeia um amplo espaço nos direitos fundamentais, tanto no que diz a dignidade humana quanto à função social da propriedade.

Destarte, na aplicação dos direitos fundamentais no âmbito particular da empresa devedora, o autor Pedro Lenza⁸⁶ explica que diante das complexidades das relações sociais, tornou-se cogente tal aplicação.

Sem dúvida cresce a teoria da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas (“eficácia horizontal”). (...) Nessa linha, poderá o magistrado deparar-se com inevitável colisão de direitos fundamentais, quais sejam, o princípio da autonomia da vontade privada e da livre iniciativa de um lado (arts. 1º, IV e 170, *caput*) e o da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 1º, III) de outro. Dessa “colisão”, indispensável será a “ponderação de interesses” à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o judiciário terá de avaliar qual dos interesses deverá prevalecer.

O princípio da dignidade humana ligado aos trabalhadores da empresa devedora em recuperação judicial deve, assim, ser harmonizado com o interesse patrimonial dos credores, sob pena de se perverter a ordem constitucional ao capitalismo extremo e desumano.

3.2.1 TEORIA DA HORIZONTALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE À EXIGÊNCIA DO FISCO

Nesse sentido, a exigência do art. 57 da Lei n.º 11.101/05 não pode sobressair aos créditos de primeira ordem que são intimamente ligados a dignidade humana. E também, na teoria da horizontalização explicada pelo autor Pedro Lenza, resta claro que as complexas relações entre dívida da empresa com o credor e as garantias reais que se somam durante o período de existência das empresas não pode ficar para segunda ordem, ou seja, após quitar toda a dívida tributária.

É sabido que a norma comentada dispõe a possibilidade de parcelamento das dívidas fiscais e as demais incidências de existência de débitos com efeitos negativos, todavia, como já demonstrado, nenhuma opção disposta no artigo atinge a realidade e como diria Platão, fica somente no mundo das ideias.

⁸⁶LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. Saraiva. 12.ed. p. 677. São Paulo, 2008.

A empresa devedora para se manter no mercado tem que se deparar com a concorrência, um fenômeno comum do mercado mas que muitas vezes atrapalha sua progressão, com o atendimento aos clientes e com a carga tributária exagerada. Com isso, a horizontalização dos direitos fundamentais supera a quitação de débitos fiscais nos moldes da Lei n.º 11.01/05.

Logo, se o art. 57 exige tal quitação antes mesmo da recuperação judicial iniciar-se, os credores de primeira ordem correm o risco de não receberem o que lhes é devido. E mais, a negativa de CND já é um obstáculo para empréstimos em instituições financeiras, assim, a empresa em recuperação judicial tem que quitar os créditos do Fisco, dos credores sem empréstimos.

Ademais, como decidiu o Juiz do processo de recuperação judicial da Varig Logística S.A “ao passo que o abuso do poder econômico é coibido, no que se inclui criar dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresas concorrentes ou de fornecedores”. Evidencia assim, que uma exigência que se torna um obstáculo para a empresa se manter no mercado é afronta ao princípio da preservação da empresa.

3.3 O ANTINÔMICO ART. 57 VERSUS OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO SISTEMA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A maioria das empresas que passa por dificuldades econômicas e, portanto, busca recuperação em juízo, já possui dívidas com a Fazenda, sendo elas municipal, estadual ou federal. Por isso, segundo Salamanca, “para o devedor é quase inviável cumprir o disposto no art. 57 da Lei, apresentando as certidões negativas de débitos tributários”.

Esse ponto é o motivo para se compreender a antinomia existente com o

sistema de recuperação judicial. Assim, o conceito de antinomia desvendado por Bobbio⁸⁷, compreende como significado, uma norma incompatível com outra do mesmo sistema.

Antinomia é a denominação própria da situação de normas incompatíveis entre si, uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos. Definimos como antinomia como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade.

Desta feita, depreende-se que o art. 57 da Lei de recuperação de empresas e falência é incompatível com o art. 47. Isto de modo bastante sintético, pois como sustentam alguns autores que os princípios são normas, a norma em questão é antinômica ao instituto da recuperação judicial que se estende por vários artigos na Lei.

Nesse sentido, fica claro que o art. 57 não é só antinômico ao art. 47, mas a todo o sistema que regula a recuperação judicial, pois além de ferir vários princípios, ultrapassa os direitos fundamentais.

Com efeito, o antinômico artigo possui diálogo com o art. 191-A do CTN dispondo que “a concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos artigos. 151, 205 e 206 desta Lei”.

Fato curioso é que o artigo 191-A do CTN foi incluído no CTN na mesma data da publicação da Lei de recuperação judicial e de falência, ou seja, no dia 9 de fevereiro de 2005. Uma lei específica ensejou a criação de uma Lei complementar simplesmente para aditar um novo artigo ao CTN.

Ultrapassa a barreira do neoconstitucionalismo, explica Luís Roberto Barroso⁸⁸, quando “o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”.

⁸⁷BOBBIO, Noberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Edipro.2.ed. p. 203-207. São Paulo, 2003.

⁸⁸BARROSO, Luiz Alberto. **Neoconstitucionalismo: o triunfo do direito constitucional no Brasil**. p.5 (<http://www.conjur.com.br/static/text/43852>). Acesso em 11/10/2010.

Vai além da exigência deste artigo, afronta o princípio da livre iniciativa ligado à economia-social, a função social da propriedade, ultrapassa a relação de credor e devedor particular, prepondera no interesse de manter a empresa devedora no mercado para produzir riqueza e manter o empregado no trabalho.

De todo o exposto, ficou bastante evidente que o débito primordial a ser quitado pela empresa em recuperação judicial é o fiscal, exigido pela Receita Federal. Ainda que os direitos fundamentais elevem a dignidade humana do empreendedor com direito de propriedade, função social, dos empregados e ainda com previsão de livre iniciativa privada, o Estado passa na frente para receber o que lhe é devido.

A antinomia de um artigo exigindo a vontade do Estado e outro artigo 47 dispondo da recuperação da viabilidade econômico-financeira é latente. Se o legislador tivesse mais capricho ao redigir o texto legal, ao menos colocaria a exigência de CND no início para depois falar da utópica recuperação judicial.

No entanto, é sabido que ordenamento jurídico brasileiro é fundamentado em princípios onde o processualista Luiz Rodrigues Wambier⁸⁹ explica sua aplicação:

A aplicação dos princípios jurídicos – diferentemente do que se dá com outras normas jurídicas – sempre envolve prévio juízo de valor. Diante da situação para qual se ponham dois princípios igualmente relevantes, caberá balancear os fatores concretamente envolvidos: aquele que prevalecer haverá de sacrificar o outro apenas na medida estritamente necessária para a concessão da suas finalidades (princípio da proporcionalidade). **No entanto, dependendo das características do caso, fazendo-se uma valoração, um dos princípios pode prevalecer sobre o outro, o que não impedirá que num caso futuro o princípio preterido venha a ser aplicado, ou seja, conforme o caso concreto, um valor jurídico pode se sobrepor a outro. (grifo)**

Na recuperação judicial compreende-se que o princípio objetivo é a supremacia da recuperação da empresa, como ensina Manoel Olivência Ruiz⁹⁰, e há de se

⁸⁹WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves Comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.b

⁹⁰RUIZ, Manoel Olivência. **La reforma del derecho de quiebra**. Espanha.p.122. Citado por ABRAÃO, Nelson. **Sociedade por quotas de responsabilidade limitada**. Revista dos Tribunais. p. 32. São Paulo, 1998.

falar em princípios mais importantes como manutenção da fonte produtora, o incentivo à manutenção de meios produtivos à empresa, à manutenção dos interesses dos credores e a observação dos princípios da unidade, universalidade do concurso e igualdade de tratamento dos credores.

Ainda no entendimento do uso de princípios, Teresa Wambier⁹¹ nos remete às regras interpretativas. Ou seja, o art. 57 está dentro de um sistema, logo deveria imprimir harmonia, unidade e coesão.

Daí é que se percebe a importância dos princípios norteadores da recuperação judicial, como visto, os Juízes na maioria das vezes tem acatado para conceder a recuperação para a empresa devedora. Tais princípios são baseados nos direitos fundamentais e também são pilares da Lei infraconstitucional em questão.

Um bom exemplo está no art. 170 da CF/88 que dispõe sobre a ordem econômica. Há um inciso específico para o direito de propriedade privada, outro para função social da propriedade e outro para garantir o emprego. Além dessas garantias constitucionais, existe o princípio da livre iniciativa no art. 1º da CF/88. Assim, os princípios norteadores da recuperação judicial são princípios de uma Lei infraconstitucional amparados em princípios do Texto maior.

Em relação ao princípio da supremacia da recuperação da empresa, ensina Ricardo Negrão⁹² que a aplicação da Lei deve levar em consideração o aspecto funcional da empresa sobre o aspecto subjetivo, ou seja, o interesse do sujeito da atividade, promovendo, se necessário, o afastamento do empresário e de seus administradores e possibilitando uma gestão técnica profissional, pelo administrador judicial.

O princípio da manutenção da fonte produtora que segundo o autor é o

“Trata-se de salvar o viável e não garantir o funcionamento a qualquer custo de organismos inertes que deixam de ser produtivos. Não se aplicará, desta forma, recursos da comunidade em empresas nestas situações, haja vista ser necessário cessar sua atividade residindo aí o interesse público da sua não manutenção”.

⁹¹WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil**. Revista dos tribunais. São Paulo, 2001.

⁹² NEGRÃO, Ricardo.op.cit.p.159

aspecto objetivo e a manutenção dos empregos dos trabalhadores⁹³, o aspecto corporativo, impede a alienação de bens integrantes do ativo e a venda de bens da propriedade pertencentes a titular de posição de proprietário fiduciário⁹⁴, de arrendador mercantil, proprietário em venda com reserva de domínio, durante o período de suspensão, previsto no art. 49, parágrafo 3º da Lei n.º 11.101/05. Esse princípio faz valer o direito de propriedade como base da recuperação judicial, diferente do antinômico art. 57 do mesmo diploma legal.

O princípio do incentivo à manutenção de meios produtivos à empresa concede o privilégio geral de recebimento em caso de falência, aos credores quirografários que continuarem a prover bens e serviços à empresa em recuperação. Isso ocorre se o juiz conceder a recuperação da empresa, caso contrário só se recebe na falência, e como visto, tendo que pagar as dívidas tributárias na maioria das vezes, não sobra passivo para quitar os credores, tampouco os quirografários. Portanto, esse princípio que é baseado na função social da empresa é desprezado assim que se exige o art. 57.

No princípio da manutenção dos interesses dos credores, disposto no art. 47, o autor nos remete ao impedimento da desistência do devedor após o deferimento do processamento do pedido de recuperação, submetendo à assembleia de credores não somente a deliberação, como outras que possam afetar o interesse dos credores. Novamente esse princípio é aplicável se houver passivo da empresa devedora para quitar com os credores, porque não se fala em desistência daquilo que não é possível cumprir.

Existe, também, o princípio da unidade ou como Ricardo Negrão explica da universalidade do concurso e igualdade de tratamento dos credores como diretrizes para as soluções judiciais nas relações patrimoniais não reguladas expressamente em lei, como previsto no art. 126 da Lei de recuperação de empresas e falência. Tal princípio seria aplicado se a preferência em receber os créditos tributários não fosse a primeira na recuperação judicial. Pois por mais que no quadro geral de credores conste que o Fisco é o terceiro a receber os créditos, não é oculto que antes da concessão tem-se que quitar as dívidas tributárias e as execuções fiscais não estão suspensas, por vez que não existe parcelamentos dessas dívidas (art. 68) em lei especial.

⁹³ “A recuperação da empresa, que tem valor econômico, com o novo instituto de recuperação judicial gera e mantém os empregos dos trabalhadores, o que representa um conteúdo social importante”.

⁹⁴ Segundo o dicionário Aurélio fidúcia são valores fictícios, fundados na confiança com que foram emitidos. Portanto, o proprietário fiduciário é dono desses tipos de valores.

A certidão negativa de débito tributária ou mesmo a certidão positiva com efeitos de negativa inviabiliza a recuperação judicial e consequentemente os princípios da Lei que dispõe sobre este instituto.

A antinomia, também, é reforçada ainda através do art. 187 frente ao art. 191-A, ambos do CTN. O primeiro dispõe da não cobrança judicial do crédito tributário em se tratando de recuperação judicial. Em seguida, no momento que se publica a nova lei de recuperação judicial e falência, insere-se o art. 191-A do CTN que dispõe da obrigatoriedade de quitação fiscal para concessão da recuperação judicial.

É bastante relevante à questão, também, antinômica disposta no Código Tributário Nacional e depois na Lei de recuperação de empresas e falência. Portanto, trata-se de um conjunto de normas obrigando a empresa devedora a quitar suas dívidas fiscais. E de outro lado, normas que restringem a cobrança das dívidas para a empresa em recuperação judicial. Assim, criou-se uma antinomia dentro do CTN e depois dentro da Lei n.º 11.101/05.

Bobbio explica que existem os critérios para eliminar as antinomias⁹⁵. Porém, de pronto não são aplicados ao caso em tela, pois a antinomia existente é entre normas do mesmo valor hierárquico e são emanadas no mesmo momento. Na mesma ordem, explica que a inaplicabilidade dos três critérios “ocorre quando nenhum dos critérios é aplicável, visto que há duas normas antinômicas que são contemporâneas, paritárias e gerais”.

Diante da inaplicabilidade dos três critérios, Bobbio recorre a outro critério para superar a antinomia, o critério da prevalência⁹⁶. É neste critério junto a

⁹⁵Critério Cronológico: a norma posterior prevalece sobre a norma precedente (*lex posterior derogat priori*); Critério hierárquico: a norma de grau superior (estabelecida por uma fonte de grau superior) prevalece sobre aquela de grau inferior (*lex superior derogat inferior*); Critério de especialidade: norma especial prevalece sobre a geral (*lex specialis derogat generali*). Estes três critérios encontram confirmação no direito positivo.

⁹⁶Critério da Prevalência: Prevalência da *lex favorabilis* sobre a *lex odiosa*. Considera-se *lex favorabilis* aquela que estabelece uma permissão e *lex odiosa* aquela que estabelece um imperativo (comando ou proibição), visto que se parte do pressuposto que a situação normal do súdito é o *status libertatis* e, portanto, a norma imperativa tem natureza excepcional e, como tal, deve ceder se entrar em conflito com uma norma permissiva. Este critério pode talvez servir quando se trata uma antinomia entre duas normas de direito público, que regulam as relações entre o Estado e os cidadãos; mas não serve mais quando o conflito é entre duas normas de direito privado, que regulam as relações entre cidadãos particulares, visto que a permissão de um cidadão comporta sempre o dever de um outro cidadão e vice-versa. Portanto, não importa qual tenha sido a norma eliminada, cria-se sempre uma vantagem a favor de um sujeito e um ônus em desfavor do outro.

coerência que se soluciona a antinomia do art. 57 frente aos princípios da recuperação da empresa presentes no art. 47.

A proibição da concessão da recuperação judicial com a exigência da prova de quitação de todas as dívidas fiscais é uma norma dentro de uma Lei específica que regulamenta a relação entre ente público e pessoa jurídica de direito privado. A norma (art. 47) que estabelece princípios da recuperação da empresa é regulamentadora da atividade da empresa. Portanto, é válida a aplicação do critério da prevalência, ou seja, a aplicação da norma mais favorável a empresa devedora. Pois uma norma é de ordem pública e a outra de ordem privada.

No critério de prevalência não se afasta a possibilidade de se resolver a antinomia entre uma norma pública e uma norma privada. Pois não se trata de um dever entre duas pessoas jurídicas de direito privado.

Enfim, prevalece a norma permissiva que incentiva a função social da empresa, a manutenção de emprego, a supremacia da recuperação da empresa, o incentivo à manutenção de meios produtivos à empresa, a manutenção da fonte produtora, a livre iniciativa e o direito de propriedade. E a norma imperativa (que estabelece comando ou proibição) cede sua aplicabilidade perante a norma permissiva.

3.3.1 DIREITO COMPARADO

Ao observar a legislação de recuperação de empresas e falência de outros países, percebe-se claramente maior atenção em haver um acordo entre os credores e a empresa devedora. Parece que na Lei n.º 11.101/05 foi vislumbrado maior atenção ao acordo entre os credores e a empresa devedora, todavia já se demonstrou que o Fisco não faz parte desta perspectiva, porque apenas visa receber o que lhe é devido e nem sequer olha a condição dos outros credores, no que tange a economia-social.

O direito comparado com enfoque no direito Francês o autor Roger Houin citado pelo comercialista Celso Oliveira⁹⁷, defende a “permanência da empresa dentro da falência, já que ela interessa não apenas aos assalariados, mas também aos sócios, especialmente aos acionistas e à própria economia do país”.

Na legislação alemã, segundo Jorge Lobo⁹⁸, “a lei que disciplina o ajuste entre devedor e credores, em virtude de dificuldades financeiras que o impossibilitam de quitar, no vencimento, suas dívidas, denomina-se Lei de Acordo”. Somente o devedor e o credor acordam as dívidas e simplificam a situação de recuperação.

No direito americano há especificamente no art. 1129 do *Bankruptcy Code* o instituto *crawn-down*. Percebe-se então, que tal instituto é a utilização da teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais para viabilizar a recuperação da empresa. O autor Alberto Camiña Moreira⁹⁹ entende certa semelhança entre a recuperação americana e a brasileira através do *crawn-down*.

Portanto, o instituto da recuperação judicial não pode ficar no mundo platônico das ideias. É um instituto presente na Lei de recuperação judicial e falência que decorre de um amadurecimento legislativo e está em consonância com a realidade das empresas vividas. Outros países já perceberam que é melhor para o Estado em si ter empresas gerando lucro e manutenção de emprego, ajudando o país a se desenvolver e quando ocorrem momentos de crise econômico-financeira, a melhor solução parte de um acordo entre os credores.

No Brasil ainda persiste o entendimento de pagar impostos acima de tudo e depois a iniciativa privada, as propriedades passam a existir. Um pensamento que desde a época da concordata veio acarretando em muitas falências e que com o novo instituto da recuperação judicial com os precedentes judiciais que se adequam em meio ao novo sistema que ainda permite norma antinômica, passam a mudar a realidade de empresas que retornam ao mercado e cumprem com sua função social.

⁹⁷ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Op.cit.p.65

⁹⁸ LOBO, Jorge.op.cit.p.45

⁹⁹MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: Paiva, Luiz Fernando Valente de (coordenação). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. Quartier latin. São Paulo, 2005.

CONCLUSÃO

Diante da realidade vivida pelas empresas no Brasil, o Texto Maior e aos princípios com força normativa entende-se que a norma antinômica, ou seja, o art. 57 é inaplicável para uma empresa que busca o instituto da recuperação judicial para se manter no mercado.

Nesse cenário, percebe-se que a cobrança de tributos não pode ser realizada sem análise da realidade vivida pela empresa, tampouco, sem a análise do bem que ela proporciona mantendo emprego e desenvolvendo a região que se localiza. Porque havendo esta cobrança, a empresa rapidamente sairá do regime de recuperação judicial e passará para o regime de falência.

Com o excesso de formalidades, o plano de recuperação aprovado na assembleia geral de credores não consta como participante a Fazenda Nacional. Em razão disso, não pode a dívida tributária ser cobrada antes que seja concedida a recuperação judicial, ou seja, a execução fiscal continua em procedimento e a empresa devedora tem que arcar com as dívidas fiscais que a levaram para o estado de inadimplência.

Descobre-se, também, que a empresa chega ao ponto de requerer a recuperação judicial porque não está conseguindo se manter no mercado. E com a aplicação dos direitos fundamentais da função social da propriedade e da dignidade humana, atrelados aos princípios infraconstitucionais que regem a Lei de recuperação de empresas e falência, viu-se que a empresa devedora necessita de um prazo de parcelamento de suas dívidas, ignorando, de certa forma a exigência do art. 57.

Nessa realidade encontram-se projetos de Lei muito bem intencionados e que de fato auxiliam muito as decisões do Juiz. Todavia, não passam de boas intenções que não são aplicadas e por isso, forçam a aplicação do precedente jurisprudencial que afasta a norma antinômica.

A cobrança com caráter de sanção política confronta a súmula vinculante n.º 70 do STF. E no próprio CTN o art. 180 proíbe a execução da empresa no estado de

recuperação judicial. Neste ponto, observou-se a antinomia do art. 57 em relação a todo o sistema da recuperação judicial.

A nova Lei de recuperação de empresas e falência dispõe no art. 47 à continuidade da empresa no mercado e o art. 57 dispõe da cobrança a qualquer custo da dívida tributária. Logo, foi no critério da prevalência que se solucionou tal antinomia, devendo aplicar a norma mais benéfica.

Portanto, as empresas que se recuperarem valerão da não aplicação do disposto no art. 57, mas, dos princípios dispostos na Lei n.º 11.101/05 e da função social da propriedade. E ao observar o direito na Alemanha, na Espanha, nos Estados Unidos e na França, entende-se que o diálogo entre credor e devedor é muito melhor para ambas as partes, do que ficar o Estado apenas exigindo o que lhe é devido, paradoxalmente, sem receber nem um terço que lhe devem.

O presente trabalho buscou o estudo da aplicação do instituto da recuperação judicial no Brasil e as peculiares formas de obstáculos. Com base nos princípios processuais, no entendimento do Supremo Tribunal Federal e na aplicação dos princípios da Lei de recuperação de empresas e falência em conjunto aos direitos fundamentais encontra-se a solução para aplicar a norma que viabiliza a recuperação da empresa. E em relação à antinomia existente entre o art. 57 da Lei em comento e todo o sistema, englobando princípios e os precedentes judiciais, entendeu-se pelo afastamento da exigência que não coaduna com o critério da prevalência da norma mais benéfica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**. Leud. 5.ed. São Paulo, 1997.

APPROBATO MACHADO, Rubens. **Alterações na nova lei de falências e de recuperação das empresas**. Revista do Advogado, v. 25, São Paulo: Setembro/2005.

ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentacion juridica**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989.

BARROSO, Luiz Alberto. **Neoconstitucionalismo: o triunfo do direito constitucional no Brasil**. <http://www.conjur.com.br/static/text/43852>. Acesso em 11/10/2010.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de recuperação e falência comentada**. 3.ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Edipro. 2.ed. São Paulo, 2003.

BRUNETTI, Antonio. **Diritto concursalle: lezione**. 2.ed. Padova, Casa Editrice Dott. Milani, 1944.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato. Da caracterização do estado falimentar segundo a nova lei de falência e recuperação judicial e extrajudicial. **Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais**. Vol. 2.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresas: o novo regime da insolvência empresarial**. Renovar. Rio de Janeiro, 2006.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Saraiva. São Paulo, 2002.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. ed.3. Saraiva. São Paulo, 2005.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 2007.

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Livraria Jurídica. Curitiba, 2009.

FERREIRA, Dâmares. **Revista de Direito Privado – O aspecto funcional da Propriedade urbana Constituição Federal de 1988**. V.2. n.6. abril / junho 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Código Tributário Nacional comentado**. 3ª.ed.Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. Malheiros editores. ed.23. São Paulo, 2007.

http://www.conjur.com.br/2007-mar-14/fazenda_propoe_projetos_execucao_fiscal_administrativa. Acesso em 14/02/2011.

http://www.conjur.com.br/2008-out-30/credito_tributario_acabar_fase_administrativa#autores. Acesso em 20/03/2011.
GODOY, Arnaldo Sampaio.

<http://www.stj.jus.br>. Acesso em 20/03/2011

http://www.pge.mg.gov.br/documentos/revista_juridica_vol_II_dezembro_2005.pdf. Acesso em 21/11/2010

HABERMAS, **Die Einbeziehung des Anderen**, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1996, S. 369. Revista de Direito Privado, vol.6. n.24. outubro / dezembro 2005.

Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. capítulo VIII A interpretação (45.A essência da interpretação. Interpretação autêntica e não autêntica). 4ed. Tradução de Dr. João Batista Machado.Editor, sucessor Coimbra.

LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. Freitas Bastos. 10ed. Rio de Janeiro, 1961.

LACERDA, Galeno. **O código e o formalismo processual**. Revista de Processo. v.28. p.7. 1983.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. Saraiva. Revista atualizada e ampliada. 12.ed. São Paulo, 2008.

LOBO, Jorge. **Da Recuperação da Empresa no Direito Comparado**. Lumen Juris. São Paulo, 1993.

LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35-69. In: Toledo, Paulo. F.C Salles de; Abrão, Carlos Henrique. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Saraiva. São Paulo, 2005.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. Forense. 18.ed. Rio de Janeiro, 1993.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. Malheiros editores, Revista atualizada e ampliada. 31.ed. São Paulo, 2010.

MANDEL, Julio Kahan. **A recuperação judicial de empresas e a Fazenda Nacional.** Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. v.10.n.º 12. Janeiro/dezembro 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo.** Revista dos Tribunais. São Paulo.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** Saraiva. 2007.

MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: Paiva, Luiz Fernando Valente de (coordenação). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas.** Quartier latin. São Paulo, 2005.

MUNHOZ, Eduardo S. Comentários aos artigos 55 a 69. In: Souza Junior, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito comercial de empresa 3, Recuperação de Empresas e Falência.** Saraiva. 5.ed. São Paulo.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de, **Comentários à Nova Lei de Falências.** Thomson IOB. 2005.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Reflexos Tributários da Nova Lei de Falência.** MP Editora. São Paulo. 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil – Introdução do direito civil constitucional.** Renovar, Traduzido por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro, 1999.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil.** Livraria do Advogado. 4.ed. Porto Alegre, 2001.

SALAMANCHA, José Eli. **Débitos Fiscais e a Recuperação Judicial de Empresas.** Revista de direito privado.v.7.n.º 26. Abril/junho 2006.

SZTAJN, Rachel. Comentários aos artigos 47 a 21. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **Comentários à Lei de Recuperação e Falência.** Saraiva. São Paulo, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e, **Precedente judicial como fonte do direito.** Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil.** Revista dos tribunais. São Paulo, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves Comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil.** Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.